

ISSN 1806-2598



# **REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**

**ANO XIV  
2004  
Nº 20**

**MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE**

Praça Fausto Cardoso, 327

Ed. Walter Franco • CEP 49014-900 • Aracaju/SE

Tel. (79) 216-2400 • Fax (79) 211-7479 / 211-7472

C.G.C. 13.168.687/0001-10

ISSN 1806-2598

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DE SERGIPE**

Publicada pela Escola Superior do Ministério do Estado de Sergipe

Luiz Valter Ribeiro  
*Procurador-Geral de Justiça*

Verônica de Oliveira Lazar Amado  
*Diretora*

*Conselho Editorial*  
Verônica de Oliveira Lazar Amado  
Darcilo Melo Costa  
Euza Maria Gentil Missano Costa  
Eduardo Lima de Matos  
Maria Lilian Mendes Carvalho  
Carlos Augusto Alcântara Machado

(O conteúdo dos trabalhos é de inteira responsabilidade dos autores)

**QUADRO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DE SERGIPE**

**PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA**  
*Luiz Valter Ribeiro*

**CORREGEDOR GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**  
*Maria Creuza Brito de Figueiredo*

**COORDENADOR GERAL**  
*Moacyr Soares da Motta*

**SECRETÁRIO GERAL DA PROCURADORIA GERAL  
DE JUSTIÇA**  
*Promotor de Justiça Marcílio de Siqueira Pinto*

# **CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

## **PRESIDENTE**

*Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO*

## **CORREGEDOR-GERAL**

*Procuradora de Justiça MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO*

## **MEMBROS**

*Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES*

*Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO*

*Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA*

## **SECRETÁRIO**

*Promotor de Justiça MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO*

# **COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA**

## **PRESIDENTE**

*Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO*

## **SECRETÁRIO**

*Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO*

## **MEMBROS**

*Procurador de Justiça EDUARDO DE CABRAL MENEZES*

*Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO*

*Procuradora de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO*

*Procurador de Justiça PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ*

*Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA*

*Procuradora de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA*

*Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ*

*Procuradora de Justiça MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU*

*Procuradora de Justiça MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO*

*Procuradora de Justiça* **MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS**

*Procuradora de Justiça* **MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA**

*Procurador de Justiça* **LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA**

## **ASSESSORIA DO PROCURADOR GERAL**

*Promotores de Justiça*

**CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO**

**FÉLIX CARBALLAL SILVA**

**CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ**

**ORLANDO ROCHADEZ MOREIRA**

## **ASSESSORIA DA CORREGEDORIA GERAL**

*Promotor de Justiça*

**JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA**

## **ASSESSORIA DA COORDENADORIA GERAL**

*Promotor de Justiça*

**ODIL SILVA OLIVEIRA**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
(PLENO)**

*Procurador de Justiça*  
**LUIZ VALTER RIBEIRO**

**CÂMARAS CÍVEL E CRIMINAL**

*Procuradores de Justiça*  
**EDUARDO DE CABRAL MENEZES**  
**MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO**  
**JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO**  
**MARIA CRISTINA DA GAMA S. F. MENDONÇA**  
**MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ**  
**MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU**  
**MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO**  
**RODOMARQUES NASCIMENTO**  
**MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS**  
**PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ**  
**MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA**  
**LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA**

# **COORDENADORIA GERAL**

## **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

### **DIRETORA**

*Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ*

### **NÚCLEO DE APOIO ÀS ATIVIDADES CÍVEIS E CRIMINAIS**

*Promotora de Justiça MARIA CONCEIÇÃO DE FIGUEIREDO  
ROLLEMBERG MENDONÇA*

### **NÚCLEO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA**

*Promotora de Justiça MARIA CONCEIÇÃO DE FIGUEIREDO  
ROLLEMBERG MENDONÇA*

### **NÚCLEO DE DEFESA DA CIDADANIA**

*Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA*

### **NÚCLEO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DO RIO SÃO FRANCISCO**

*Promotor de Justiça EDUARDO LIMA DE MATOS*

### **NÚCLEO DE DEFESA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E A SAÚDE PÚBLICA**

*Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA*

### **NÚCLEO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

*COORDENADOR: EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES*

## **PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO DE ARACAJU**

*Promotor de Justiça EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES  
(Funções relativas à defesa do patrimônio público, social e cultural)*

*Promotor de Justiça RENÊ ANTONIO ERBA  
(Funções relativas à defesa do patrimônio público, social e cultural)*

*Promotora de Justiça ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES  
(Funções relativas à defesa do Meio Ambiente e Urbanismo)*

*Promotora de Justiça ANA CAROLINA DIAS LIMA FERNANDES  
(Funções relativas à defesa do Meio Ambiente e Urbanismo)*

*Promotora de Justiça MIRIAM TERESA CARDOSO MACHADO  
(Funções relativas à defesa dos direitos à Saúde e Educação)*

*Promotora de Justiça ANA PAULA SOUZA VIANA  
(Funções relativas à defesa dos direitos à Saúde e Educação)*

*Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE DE MELO  
(Funções relativas à defesa do acidentado do trabalho, do idoso,  
deficientes físicos e direitos humanos em geral)*

*Promotora de Justiça CARLA ROCHA BARRETO DE ALMEIDA  
(Funções relativas à defesa do acidentado do trabalho, do idoso,  
deficientes físicos e direitos humanos em geral)*

*Promotor de Justiça FÉLIX CARBALLAL SILVA  
(Funções relativas ao controle externo da atividade policial e  
serviços de relevância pública não compreendidos na esfera da  
defesa dos direitos do consumidor)*

*Promotor de Justiça JARBAS ADELINO SANTOS JÚNIOR  
(Funções relativas ao controle externo da atividade policial e  
serviços de relevância pública não compreendidos na esfera da  
defesa dos direitos do consumidor)*

**PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA E  
PROGRAMA DE DEFESA DOS DIREITOS DOS  
IDOSOS E DAS PESSOAS PORTADORAS DE  
NECESSIDADES ESPECIAIS**

*Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA*

*Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ*

*Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE MELO*

**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**DIRETOR**

*Promotor de Justiça VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR  
AMADO*

**COORDENADOR DE ENSINO**

*Promotor de Justiça CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA  
MACHADO*

**COMARCAS DE ARACAJU**

*1º Promotor de Justiça (1ª, 4ª, 7ª e 8ª Varas Cíveis)  
CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ*

*2º Promotor de Justiça (9ª, 10ª, 11ª e 13ª Varas Cíveis)  
EDUARDO LIMA DE MATOS*

*3º Promotor de Justiça (15ª Vara Cível)  
GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO*

*4º Promotor de Justiça (14ª Vara Cível)  
PEDRO VICTÓRIO DAUD*

**1º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões  
(2ª Vara Cível)**

**MARIA CONCEIÇÃO DE FIGUEIREDO R. MENDONÇA**

**2º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões  
(5ª Vara Cível)**

**ERNESTO ANÍZIO DE AZEVÊDO MELO**

**3º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões  
(6ª Vara Cível)**

**MARIA ANAMIRA AMADO BATALHA NETA**

**4º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões  
(2ª Vara Cível)**

**MÁRCIA MENDES MATOS**

**5º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões  
(5ª Vara Cível)**

**ANA CRHISTINA SOUZA BRANDI**

**6º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões  
(6ª Vara Cível)**

**ALDO SOUZA ARAGÃO**

**1º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (3ª  
Vara Cível)**

**HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO**

**2º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (12ª  
Vara Cível)**

**CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO**

**3º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (18ª  
Vara Cível)**

**JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA**

**4º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (19ª  
Vara Cível)**

**MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO**

**5º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (12ª  
Vara Cível)**

**MARIA EUGÊNIA DEDA**

**6º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (18ª  
Vara Cível)**

**EDUARDO ANTÔNIO SEABRA**

**7º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (19ª  
Vara Cível)**

**MAIRA SILVA DE AQUINO**

**8º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (3ª  
Vara Cível)**

**NEWTON SILVEIRA DIAS JÚNIOR**

**1º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e da  
Adolescência (Juizado da Infância e Juventude) – 16ª Vara Cível**

**MARIA LILIAN MENDES CARVALHO**

**2º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e da  
Adolescência (Juizado da Infância e Juventude) – 17ª Vara Cível**

**SILVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO**

**1º Promotor de Justiça Distrital (1ª Vara de Assist. Jud.)**

**CARMEM LÚCIA BUARQUE DE GUSMÃO**

**2º Promotor de Justiça Distrital (2ª Vara de Assist. Jud.)**

**ANA CRISTINA ARAGÃO DE CARVALHO**

**3º Promotor de Justiça Distrital (3ª Vara de Assist. Jud.)**

**MARILENE PAES B. DE FIGUEIREDO**

**4º Promotor de Justiça Distrital (4ª Vara de Assist. Jud.)**

**EDJILDA RESENDE DE LIMA GUERRA**

**5º Promotor de Justiça Distrital (5ª Vara de Assist. Jud.)**

**PAULO VIEIRA MESSIAS**

**6º Promotor de Justiça Distrital (6ª Vara de Assist. Jud.)  
ANA CLÁUDIA M. COSTA MORAES**

**7º Procurador de Justiça Distrital (7ª Vara de Assist. Jud.)  
JOSÉ LUIZ MELO**

**1º Promotor de Justiça Criminal (1ª Vara Criminal)  
LUÍS ALBERTO MOURA ARAÚJO**

**3º Promotor de Justiça Criminal (3ª Vara Criminal)  
JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA**

**4º Promotor de Justiça Criminal (4ª Vara Criminal)  
PAULO LIMA DE SANTANA**

**6º Promotor de Justiça Criminal (9ª Vara Criminal)  
AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA**

**1º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)  
DEJANIRO JONAS FILHO**

**3º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)  
ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA**

**2º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (10ª Vara Criminal)  
VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO**

**4º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (10ª Vara Criminal)  
ORLANDO ROCHADEL MOREIRA**

**Promotor de Justiça Militar (Auditoria Militar) – 6ª Vara  
Criminal  
ODIL SILVA OLIVEIRA**

**Promotor de Justiça das Execuções Criminais – 7ª Vara  
Criminal  
LUÍS CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS**

*Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor*  
**EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA**

*1º Promotor de Justiça Especial Criminal (1º JESP CRIMINAL)*  
**JOÃO RAIMUNDO MOREIRA GUIMARÃES**

*2ª Promotor de Justiça Especial Criminal (2º JESP CRIMINAL)*  
**JULIANA CHECUCCI CARBALLAL**

## **COMARCAS DO INTERIOR E DE 2ª ENTRÂNCIA**

### **ITABAIANA**

*Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)*  
**GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA**

*Promotor de Justiça (Vara Cível)*  
**AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE**

*2º Promotor de Justiça (Vara Cível)*  
**VIRGÍLIO DO VALE VIANA**

*Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal de Itabaiana  
(JESP Cível e Criminal)*  
**EMERSON OLIVEIRA ANDRADE**

### **ESTÂNCIA**

*Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)*  
**JARBAS ADELINO SANTOS JÚNIOR**

*Promotor de Justiça (Vara Cível)*  
**JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO**

*2º Promotor de Justiça (Vara Cível)*  
**JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA**

*Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal (JESP Cível e Criminal)*  
**MARIA HELENA SANCHES LISBÔA VINHAS**

**LAGARTO**

*Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)*

**JULIVAL PIRES REBOUÇAS NETO**

*Promotor de Justiça (Vara Cível)*

**BELARMINO ALVES DOS ANJOS NETO**

*2º Promotor de Justiça (Vara Cível)*

**ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO**

*Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal (JESP Cível e Criminal)*

**SANDRO LUIZ DA COSTA**

**PROPRIÁ**

*Promotor de Justiça*

**ALONSO GOMES CAMPOS FILHO**

*2º Promotor de Justiça*

**JOÃO RODRIGUES NETO**

**BOQUIM**

*Promotor de Justiça*

**EDUARDO FRANKLIN M. DE OLIVEIRA**

**TOBIAS BARRETO**

*Promotor de Justiça*

**RICARDO SOBRAL SOUZA**

**NOSSA SENHORA DO SOCORRO**

*Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)*

**MANOEL CABRAL MACHADO NETO**

*Promotor de Justiça (Vara Cível)*

**LUÍS FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS**

*Promotor de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)*

**FÁBIO VIEGAS MENDONÇA DE ARAÚJO**

*Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal de N. S. do Socorro (JESP Cível e Criminal)*

**GICELE MARA CAVALCANTE D'ÁVILA FONTES**

**SÃO CRISTOVÃO**

*Promotor de Justiça (Vara Cível)*

**FÁBIO PINHEIRO SILVA DE MENEZES**

*Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)*

**GLAUCIA QUEIROZ DE MORAIS**

*Promotor de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)*

**LENILDE NASCIMENTO ARAÚJO**

*Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal de São Cristovão (JESP Cível e Criminal)*

**ANA GALGANE PAES**

**CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO**

*Promotor de Justiça*

**WILTON ARAÚJO SANTOS**

**ITAPORANGA D'AJUDA**

*Promotor de Justiça*

**ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL**

**SIMÃO DIAS**

*Promotor de Justiça*

**CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES**

**LARANJEIRAS**

*Promotor de Justiça*

**WALTER CÉSAR NUNES SILVA**

# **COMARCAS DO INTERIOR DE 1ª ENTRÂNCIA**

**AQUIDABÁ**

*Promotora de Justiça ADRIANA RIBEIRO OLIVEIRA*

**ARAJÁ**

*Promotora de Justiça CANDICE ARRUDA TORRES*

**BARRA DOS COQUEIROS**

*Promotora de Justiça ANA CAROLINA DIAS LIMA FERNANDES*

**CAMPO DO BRITO**

*Promotora de Justiça FABIANA CARVALHO VIANA FRANCA*

**CAPELA**

*Promotora de Justiça ANA LEILA COSTA GARCEZ*

**CARIRA**

*Promotor de Justiça CARLOS HENRIQUE SIQUEIRA RIBEIRO*

**CARMÓPOLIS**

*Promotor de Justiça ROOSEVELT BATISTA DE CARVALHO*

**CEDRO DE SÃO JOÃO**

*Promotor de Justiça ANDERSON VIANA SOUZA*

**CRISTINÁPOLIS**

*Promotor de Justiça ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA*

**FREI PAULO**

*Promotor de Justiça ADEMILTON DE OLIVEIRA SANTOS*

**GARARU**

*Promotor de Justiça MARCEL PERES DE OLIVEIRA*

**ITABAIANINHA**

*Promotora de Justiça TALITA CUNEGUNDES FERNANDES DA SILVA*

**JAPARATUBA**

*Promotor de Justiça PETERSON ALMEIDA BARBOSA*

**MARUIM**

*Promotora de Justiça CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES  
PELELLA*

**NEÓPOLIS**

*Promotor de Justiça NILZIR SOARES VIEIRA JÚNIOR*

**NOSSA SENHORA DAS DORES**

*Promotora de Justiça CARLA ROCHA BARRETO DE ALMEIDA*

**NOSSA SENHORA DA GLÓRIA**

*Promotor de Justiça JOSÉ LUCAS DA SILVA GOIS*

**PACATUBA**

*Promotor de Justiça PAULO JOSÉ FRANCISCO ALVES FILHO*

**POÇO VERDE**

*Promotor de Justiça FLAVIANO ALMEIDA SANTOS*

**POÇO REDONDO**

*Promotora de Justiça SUZY MARY DE CARVALHO VIEIRA*

**PORTO DA FOLHA**

*Promotor de Justiça FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA GÓIS*

**RIACHUELO**

*Promotora de Justiça CLÁUDIA DANIELA DE FREITAS  
SILVEIRA FRANCO*

**RIBEIRÓPOLIS**

*Promotora de Justiça CLÁUDIA DO AMARAL CALMON*

**UMBAÚBA**

*Promotor de Justiça MAURÍCIO GUSMÃO MAGALHÃES*

## **COMARCA DE ARACAJU/1ª ENTRÂNCIA**

*Promotor de Justiça Substituto*

**RENÉ ANTÔNIO ERBA**

*Promotora de Justiça Substituto*

**ALLANA RACHEL MONTEIRO BATISTA SOARES COSTA**

*Promotora de Justiça Substituto*

**POLLYANA MARA CASTRO DE AGUIAR**

*Promotora de Justiça Substituto*

**ANA PAULA SOUZA VIANA**

*Promotor de Justiça Substituto*

**GOETHE ODILON FREITAS DE ABREU**

*Promotora de Justiça Substituto*

**KARLA CHRISTIANY CRUZ LEITE**

*Promotor de Justiça Substituto*

**LÚCIO JOSÉ CARDOSO BARRETO LIMA**

*Promotor de Justiça Substituto*

**ALEXANDRO SAMPAIO SANTANA**

*Promotor de Justiça Substituto*

**JOÃO PAULO PIRÓPO DE ABREU**

*Promotora de Justiça Substituto*

**MÔNICA MARIA HARDMAN DANTAS**

*Promotor de Justiça Substituto*

**ALEX MAIA ESMERALDO DE OLIVEIRA**

*Promotor de Justiça Substituto*

**ETÉLIO DE CARVALHO PRADO JÚNIOR**

*Promotora de Justiça Substituto*

**TATIANA SOUTO QUIRINO**

*Promotor de Justiça Substituto*

**ADSON ALBERTO CARDOSO DE CARVALHO**

*Promotor de Justiça Substituto*

**RENATO VIEIRA BERNARDES**

# SUMÁRIO

## DOCTRINA

O Processo Administrativo Disciplinar no Âmbito das Corregedorias - CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO .....	27
Afronta ao princípio da dignidade humana: ausência de vasos sanitários em residências - CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES .....	40
Natureza jurídica dos crimes de arma e fogo e assemelhados - CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA .....	66
O caráter jurisdicional do procedimento de jurisdição voluntária - DARCILO MELO COSTA .....	71
Do Licenciamento Ambiental - HAMILTON ALONSO JÚNIOR .....	90
A implementação do princípio da efetividade através da atuação do órgão ministerial - JÚLIVAL PIRES REBOUÇAS NETO .....	112
A incidência analógica do princípio do não-confisco às multas fiscais - LÍCIA ALCÂNTARA MACHADO .....	120
O efeito devolutivo da apelação após a reforma introduzida pela lei nº 10.352/2001 - LÍVIA SANTOS RIBEIRO .....	129
Análise constitucional da medida de destruição - MARCEL PERES DE OLIVEIRA .....	136
Legalização do jogo do bicho: uma aposta arriscada - MARIA LUÍZA FOZ MENDONÇA .....	149

As constituições brasileiras e as normas educacionais:  
um abismo entre a teoria e a prática  
- ORLANDO ROCHADEL MOREIRA ..... 164

Aspectos procedimentais da remissão  
sob o enfoque constitucional  
- SÍLVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO ..... 185

Interpretação da Constituição:  
métodos originalista e não-originalista  
- DAYSE COELHO DE ALMEIDA ..... 202

Correlação entre acusação e sentença  
- VERÔNICA LAZAR AMADO ..... 210

### **PEÇAS PROCESSUAIS (2ª instância)**

Apreensão de mercadorias  
como forma de coerção ao pagamento de tributos  
- EDUARDO DE CABRAL MENEZES ..... 221

Progressividade do IPTU  
- MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU ..... 229

Ação penal – Ausência de curador na fase pré-processual  
– Defensor constituído no processo – Deficiência suprida  
- PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ ..... 236

### **PEÇAS PROCESSUAIS (1ª instância)**

Mandado de Segurança – Apreensão de mercadorias  
– Súmula STF 232  
- ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA ..... 243

Execução de alimentos – Impossibilidade de modificação  
da causa de pedir  
- ALONSO GOMES CAMPOS FILHO ..... 251

Arquivamento de inquérito policial – Imputação objetiva - CECÍLIA M. GUIMARÃES PELELLA .....	256
Mandado de Segurança – Casamento de estrangeiro divorciado – Homologação de sentença estrangeira - CLÁUDIA DO AMARAL CALMON .....	262
Auxílio-doença – Aposentadoria – Possibilidade de acumulação dos benefícios - GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO .....	275
Denúncia – Crime contra o meio ambiente – Pessoa jurídica - JOSÉ LUCAS DA SILVA GOIS.....	285
Adoção póstuma - MARIA LILIAN MENDES CARVALHO .....	290
Habeas Corpus – Imunidade parlamentar - PAULO LIMA DE SANTANA .....	297

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Imóvel em condições precárias – Riscos de incêndio e desabamento – Obrigação de fazer - ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES .....	307
---	-----

## **ESPAÇO CULTURAL**

Tobias Barreto e o Processo Civil - FONTES DE ALENCAR .....	325
--	-----

## **PONTO DE VISTA**

PR – Paternidade Responsável - ERNESTO ANÍZIO AZEVEDO MELO .....	337
---	-----

# **DOCTRINA**

# O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NO ÂMBITO DAS CORREGEDORIAS

Carlos Augusto Alcântara Machado(\*)

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS:

Ensina José Cretella Júnior, em clássica obra (*Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 367), que o vocábulo *processo* significa *ir para frente, marchar para frente, progredir*, ou, como averba Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 492), *avanço, progresso, desenvolvimento*.

Etimologicamente, como registram os mestres, *processo* designa *um fenômeno em desenvolvimento*.

Com o objetivo de realizar os seus fins específicos, o Estado vale-se de um instrumento que é o *processo*. Observa-se, nessa linha de abordagem, que, quando o Estado, no exercício de suas funções típicas, elabora a lei, inova a ordem jurídica (legisla), utiliza-se do **processo legislativo** e quando aplica ou executa a lei (administra e julga), caminha na esteira de um **processo administrativo** ou **judicial**. O *processo* é, desta forma, um **meio instrumental**.

Rigorosamente, *processo* não se confunde com *procedimento*. Referência do Direito Administrativo brasileiro, Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. pp.586/587), dispondo sobre a matéria, explicita:

*“Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de uma decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode*

*realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão. Observamos, ainda, que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo, como, p. ex., os de licitações e concurso. O que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que caracteriza o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos”.*

No âmbito da Administração Pública, a doutrina averba que o **processo administrativo** é um gênero, onde podem ser encontradas diversas espécies. Cretella Júnior (*Op. cit.*, p. 371), *verbi gratia*, classifica o processo administrativo de vários modos. Diz o Mestre que, quanto ao **raio de ação**, poderá ser *externo* ou *interno*; quanto ao **objeto**, *disciplinar* ou *criminal*; quanto à **juridicidade**, *contencioso* ou *gracioso*; quanto ao **desfecho**, será *condenatório* ou *absolutório* e quanto à **forma**, *sumário* ou *integral*.

Há, ainda, quem classifique o processo administrativo segundo sua finalidade específica. Hely Lopes Meirelles (*Ob. cit.*, p. 593), divide os processos administrativos em *processos de expediente*; *processos de outorga*; *processos de controle* e *processos punitivos*.

Nessa última modalidade (processos punitivos) enquadrar-se-iam todos aqueles que tenham como objetivo a imposição de uma sanção (penalidade), por infração da lei, a qualquer administrado ou, especificamente, ao servidor.

Como instrumento indispensável para o exercício da função administrativa, na esfera federal foi promulgada a Lei nº 9.784, em 29 de janeiro de 1999, que trata, especificamente, de normas referentes aos processos administrativos em geral. Pela dicção do art. 1º, *caput*, desta Lei estabeleceu-se normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Terá aplicação não somente no âmbito do Poder Executivo, mas também no Legislativo e Judiciário, desde que no desempenho da

função administrativa (Parágrafo único do art. 1º). Não se pode olvidar que, consoante disposição do art. 69 da lei referida, os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas, subsidiariamente, os preceitos da Lei nº 9.784/99 para a Administração Federal, direta e indireta.

É o caso dos procedimentos disciplinares regidos em lei específica, como a Lei Orgânica da Magistratura (LC nº 35/79), Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC nº 75/93), Lei Orgânica da Defensoria Pública da União (LC nº 80/94) e Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LC nº 73/93).

No Estado de Sergipe, de forma pioneira, foi elaborado um Código de Organização e Procedimento da Administração Pública (Lei Complementar nº 33, de 26 de dezembro de 1996), mais de dois anos antes da legislação de regência federal.

Evidentemente, que procedimentos disciplinares específicos serão regidos por lei própria, como é o caso das leis que versam sobre a advocacia pública estadual e seu regime disciplinar particularizado. Todavia, o Código de Procedimento aplicar-se-á subsidiariamente.

Cuidar-se-á, na esfera restrita da presente exposição, exclusivamente, do **Processo Administrativo Disciplinar**.

A modalidade do processo objeto do estudo é o meio colocado à disposição da Administração Pública, no exercício de um dos seus poderes instrumentais. Os poderes da Administração Pública são necessários à realização de suas tarefas. São eles: poder vinculado, poder discricionário, poder regulamentar, poder hierárquico, poder de polícia e poder disciplinar.

É exatamente do último poder instrumental referido, o **poder disciplinar**, que nasce a espécie do processo administrativo em análise.

O **Poder disciplinar**, como ressalta **Alexandre de Moraes** (*Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 95), *consiste na possibilidade de a Administração Pública apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa*.

Diz mais (p. 96): *no uso do poder disciplinar, a Administração controla o desempenho das funções executivas e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas*.

## 2. SISTEMA DE JURISDIÇÃO ÚNICA:

No direito brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros países – como por exemplo o caso típico do modelo francês – vigora o sistema de jurisdição única, em face do conteúdo do art. 5º, XXXV:

*“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.*

É o conhecido e sempre referido ***princípio da inafastabilidade do controle judicial***.

A única situação de mitigação do princípio absoluto encontrar-se-á no conteúdo do art. 217, §§ 1º e 2º da *Lex Maxima* nacional. O legislador constituinte condicionou o acesso ao Poder Judiciário após *“esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva...”*. Para tanto, consignou o prazo fatal de sessenta dias. Venceu o *lobby* dos conhecidos cartolas do futebol brasileiro. Entretanto, como se sabe, não se trata de “justiça”, no sentido técnico do termo. São instituições de natureza privada, não inseridas na estrutura administrativa do Estado. É a única exceção, insista-se.

Com a consagração da jurisdição única, a tradição republicana restou mantida, não havendo espaço para o *contencioso administrativo*, que impossibilitava qualquer sorte de controle judiciário dos atos da administração pública. É de se destacar, no entanto, que em alguns momentos da nossa República, tentativas existiram: durante a Constituição de 1937; antes mesmo, no período imperial; não olvidando, ainda, do conhecido art. 111 da Constituição de 1967 (*“A lei poderá criar contencioso administrativo...”*).

No regime constitucional vigente inexistente a jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, instituída pela Emenda Constitucional nº 07, de 13 de abril de 1977, sob a égide da Constituição de 1967. Naquela oportunidade proporcionou-se uma alteração do texto magno, criando a seguinte disposição:

*“O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido” (art. 153, § 4º - 2ª parte).*

Hoje, o obstáculo ao acesso direto ao judiciário, não está presente na Constituição, sendo questionáveis quaisquer disposições nesse sentido, como as encontradas na lei de mandado de segurança (Lei nº 1.533/51) e na do *habeas data* (Lei nº 9.507/97).

Diante do exposto, é de se concluir que a atribuição conferida à Administração Pública, no exercício do poder disciplinar, para a apuração das faltas administrativas/disciplinares (processo administrativo disciplinar), não exclui o exame do referido processo, de apreciação judicial, na hipótese de desrespeito aos princípios e às regras pré-estabelecidas no ordenamento jurídico.

Outra observação importante é que a impositiva aplicação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, como aventado anteriormente, não autoriza a conclusão de que a esfera judicial prevalece sobre a administrativa.

Não há vinculação de instâncias e farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal comprova a constatação. A interferência na esfera administrativa somente ocorrerá nas exclusivas hipóteses de comprovação, em juízo, da inexistência do fato ou de negativa de autoria (MS 22.438-DF – Rel. Min. Moreira Alves – j. em 20.11.97; MS 22.796-SP – Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 15.10.98).

Sucessivas vezes decidiu o STF que *“o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia de instâncias”* (MS 23.401/DF – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU de 12.04.02).

No mesmo sentido, decisão semelhante, com conteúdo mais abrangente: *“a ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civis e penais, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos”* (MS 21.705-SC – Rel. Min. Maurício Correa – DJU de 16.04.96).

Isto posto, sem embargo de se encontrar presente no nosso direito o inafastável princípio do *judicial control*, o processo administrativo não depende do processo judicial, sendo perfeitamente possível, no entanto, o seu controle judiciário em situações específicas.

### 3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS:

Em 1995, o Governador do Estado de Sergipe instituiu uma Comissão, objetivando a elaboração de um anteprojeto de Código de Organização e Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe. Tive a honra de integrar a Comissão, ao lado de eminentes juristas, como o atual Ministro do STF Dr. Carlos Ayres Britto, do Presidente do Tribunal de Justiça Desembargador Manuel Pascoal Nabuco D'Ávila, do Procurador-Geral do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, Dr. José Sérgio Monte Alegre e dos Procuradores do Estado Rita de Cássia Andrade de Souza e Deoclécio Vieira Filho.

Após exaustivos estudos, o anteprojeto foi transformado em projeto de lei e encaminhado pelo Governador do Estado à Assembléia Legislativa de Sergipe. Aprovado, enfim, pelo parlamento estadual, o projeto de lei foi devidamente sancionado e promulgado como Lei Complementar nº 33, de 16 de dezembro de 1996.

Na mencionada Lei, cuidou-se, também, do Procedimento Administrativo, consoante já referido.

Esse ato normativo, adotou uma postura conceitual e, especificamente em relação ao Procedimento Administrativo, trouxe a indicação de toda uma base principiológica, lastreada em atualizado magistério dos mais notáveis cultores do Direito Administrativo.

Enumerou princípios, fruto de um condensado estudo na doutrina, legislação e jurisprudência nacional e estrangeira, de aplicação obrigatória a todos e quaisquer procedimentos administrativos, inclusive os disciplinares, na órbita da Administração Pública do Estado de Sergipe.

No âmbito limitado dessa exposição, peço *venia* para não invocar os princípios pilares da Administração Pública em geral. Assim, permitir-se-á a lacuna descoberta, para se valer de uma expressão de Karl Lowenstein, sem, no entanto, deixar de registrar a obrigatoriedade da observância dos princípios constitucionais da **Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência**, por todos que eventualmente estejam no exercício da função administrativa.

Entretanto, como a Lei Complementar Estadual nº 33/96, no seu art. 114, traz a enunciação de uma série de princípios específicos

ao procedimento administrativo que se subsumem, perfeitamente, ao processo disciplinar, destacar-se-á aqueles pertinentes especificamente ao objeto do estudo.

Ei-los:

- a) **Princípio da legalidade objetiva:** todo e qualquer procedimento administrativo só poderá ser instaurado com base na lei;
- b) **Princípio da oficialidade:** uma vez instaurado o procedimento, é dever da Administração impulsioná-lo e conduzi-lo, tomando as providências necessárias ao desdobramento dos atos que se seguirão;
- c) **Princípio do informalismo:** o procedimento, em regra, dispensa ritos solenes e formas sacramentais rígidas, no que se referir aos atos dos administrados, salvo disposição legal específica;
- d) **Princípio da verdade material:** a autoridade pública não ficará adstrita às provas produzidas no procedimento, podendo se socorrer de outras, inclusive daquelas carreadas em procedimentos diversos, ficando, no entanto, obrigado a motivar a respectiva decisão;
- e) **Princípio do inquisitório:** a autoridade poderá proceder à diligências que considere convenientes para a instrução, ainda que sobre matérias não mencionadas pelo interessado;
- f) **Princípio da celeridade:** a Administração zelará pelo rápido e eficaz curso do procedimento, quer recusando e evitando o que for impertinente ou dilatatório, quer ordenando e promovendo o necessário ao seu seguimento, visando a oportuna decisão; e
- g) **Princípio da Revisibilidade:** a Administração deverá assegurar ao

interessado o direito de recurso de decisões desfavoráveis.

Esse último também é conhecido como **Princípio da Pluralidade de Instâncias**, como bem registra **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (*Op. cit.*, p. 503), decorrente do poder de autotutela da Administração Pública, sacramentado em duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal: a de nº 346 (*A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos*) e a de nº 473 (*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*).

A Profa. **Lúcia Valle Figueiredo** (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 282) acrescenta mais outros três, igualmente importantes: **motivação** (já implícito no princípio da verdade material), **razoabilidade** e **boa-fé**.

Quanto ao princípio da **motivação**, recorde-se as sempre necessárias lições de **Celso Antônio Bandeira de Mello** (*Curso de Direito Administrativo*. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, pp. 322/323), quando afirma que tal princípio

*“É o da obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto”.*

E não se afirme que quando a Constituição Federal dispôs sobre Administração Pública, no art. 37 e incisos, não mencionou o **princípio da motivação**. A Lei Magna deve ser interpretada sistematicamente. Quando enumerou regras de cumprimento obrigatório para o Poder Judiciário, determinou, no art. 93, X, que as decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas. Ora, se no exercício de uma atribuição atípica do Poder Judiciário – a função

administrativa – deverá motivar as suas decisões, de igual forma e com maior razão o Poder Executivo que faz da função administrativa a sua razão de ser. É função predominante, típica, portanto.

Todos esses princípios devem encontrar fundamento de validade, necessariamente nos **Princípios Fundamentais do Devido Processo Legal**, previsto no art. 5º, LIV da Lei Maior e do **Contraditório e Ampla Defesa**, gravado no art. 5º, LV da Carta da Cidadania, ambos de hierarquia normativa superior.

É de se destacar, por oportuno, que do **Princípio do Contraditório** desdobramentos outros devem ser considerados.

**Dinorá Adelaide Musetti Grotti**, em valioso estudo publicado na *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 22 (São Paulo: RT, janeiro-março de 1998, p. 122/124), discorrendo sobre o tema, concluiu que a **acessibilidade aos elementos do processo, a audiência dos interessados e a motivação** são os desdobramentos mais diretos do **contraditório**.

#### **4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR:**

Como já aventado, o Processo Administrativo disciplinar é, na esteira das lições de **Cretella Júnior** (*Op. cit.*, p. 373), a modalidade do processo administrativo que consiste no conjunto ordenado de formalidades a que a Administração submete o servidor público que cometeu uma falta atentatória à hierarquia administrativa.

Continua o publicista afirmando (p. 374) que a finalidade do processo administrativo disciplinar é a tutela da hierarquia, através da apuração imediata da falta cometida e, em seguida, da aplicação da penalidade.

Além dos princípios antes apresentados, no Direito Administrativo Disciplinar, vigora, ainda, o conhecido **princípio da atipicidade**. Diferentemente do que ocorre com o Direito Penal, na esfera administrativa não há a obrigatoriedade de previsão expressa da falta a ser punida, mormente quando a lei prevê uma gradação. Dependerá, em muitas situações, de um juízo discricionário do administrador. No campo penal, como se sabe, até por determinação constitucional (art. 5º, XXXIX), “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Não é o caso de aplicação no processo administrativo do rigor, excessivo mas necessário, do brocardo latino tão conhecido de todos.

Nessa linha, impende registrar que a jurisprudência já vem reconhecendo que não se pode exigir do processo administrativo o mesmo rigor aplicável ao processo judicial.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que:

*“O processo administrativo disciplinar não se submete aos rigores do processo judicial, sendo suficiente que seja obedecido o devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório”* (STJ – 5ª Turma – RMS 1.911-1/PR – Rel. Min. Jesus Costa Lima – Ementário STJ nº 08/055).

Recorde-se, no entanto, que como ensina a sempre lembrada Profa. Ada Pellegrini Grinover (*apud* Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *op. cit.*, p. 127),

*“apesar da atipicidade do ilícito administrativo, reconhece-se, por isso, a exigência de ser este capitulado, de forma a possibilitar ao acusado o exercício efetivo de sua defesa. A menção ao fato deve vir, portanto, em todos os pormenores e vários acórdãos existem, anulando processos administrativos, quando essa circunstância não se deu”*.

É a específica hipótese, por exemplo, do *decisum* a seguir transcrito (STJ – MS nº 1.074/ES – Rel. Min. Peçanha Martins – j. em 01.12.91):

*“A portaria inaugural e o mandado de citação, no processo administrativo, devem explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado. Ninguém pode defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas. Apesar de informal, o processo administrativo deve obedecer a regras do devido processo legal”*.

Nas carreiras típicas de Estado, como a Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública, as Corregedorias desempenham um papel de singular importância.

Integram a estrutura orgânica de cada uma das instituições, inclusive com *status* de órgão da administração superior.

Na **Advocacia Pública Estadual**, por exemplo, a Corregedoria-Geral é órgão de **fiscalização, disciplinamento e orientação** de suas atividades. Essa é a dicção do art. 16 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral do Estado de Sergipe (Lei Complementar nº 27, de 02 de agosto de 1996). No mesmo diapasão o art. 25 da Lei Orgânica da Advocacia do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Complementar nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002).

As Corregedorias exercem uma típica função preventiva, orientando os membros da respectiva instituição no exercício de suas atribuições e fiscalizando a atuação profissional, mediante inspeções e correições ordinárias ou extraordinárias.

De acordo com a legislação de cada Estado, poderá proceder a diligências investigatórias preliminares na hipótese de representação intentada por qualquer interessado, noticiando a prática de falta funcional dos Procuradores ou Advogados do Estado.

No exercício do seu mister, o Corregedor, geralmente, integrará Comissões de Sindicância ou de Processo Administrativo Disciplinar, instaurado a depender da penalidade a ser aplicada (advertência, repreensão, censura, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade).

As leis orgânicas da Advocacia-Geral do Estado, em regra, não consagram atribuições sancionatórias às Corregedorias. É atribuição do Procurador-Geral, do Advogado-Geral do Estado ou, até mesmo, do Governador.

Contudo, é a Corregedoria que procederá às investigações necessárias a subsidiar a decisão final, contando, via de regra, com o pronunciamento posterior do Conselho Superior da Advocacia.

Sempre homenageando os Princípios Constitucionais e outros específicos, decorrentes destes, como antes declinado, a apuração de qualquer falta funcional deverá ser pautada pela observância do conhecido *due process of law*, herdado do direito anglo-saxão, hoje incorporado ao nosso sistema constitucional.

Assim, como recorda **Palhares Moreira Reis** (*Processo Disciplinar*. Recife: Editora Consulex, 1997, p. 26), o processo disciplinar deve obedecer a requisitos inafastáveis:

a) *Processamento e julgamento determinado ou realizado pela autoridade competente;*

- b) Rito processual adequado – mesmo nas informalidades, quando apenas se exige o respeito às expresas disposições constitucionais e legais –, e*  
*c) O contraditório, a ampla defesa, e os recursos, que correspondem a um duplo grau de jurisdição administrativa”.*

Não se desconhece que o rigorismo formal do processo judicial não poderá ser utilizado como parâmetro absoluto para o processo administrativo. Já foi registrado anteriormente, inclusive com referência a julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, o próprio Excelso Pretório, procurando reduzir o espaço da discricionariedade administrativa – tida como insindicável judicialmente – reconhece que os limites do poder disciplinar existem e devem ser considerados, mormente em relação aos princípios constitucionais.

Eis a ementa de um desses acórdãos (STF – Noticiado no ADCOAS 9365 – acórdão unânime – DJU de 25.05.90):

***“Processo Administrativo – Garantia do Contraditório e plenitude de defesa: A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – art. 5º, LV. O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público, oponível ao poder estadual. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e da correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos” (sem o destaque no original).***

Já dizia **J. Guimarães Menegale** (*Apud Palhares Moreira Reis, op. cit.*, pp. 27/28), na década de 1960, em importante estudo, que o autoridade deverá se valer do seu poder disciplinar, com parcimônia e cautela. Sentenciava o mestre:

*“O uso do poder disciplinar não é arbitrário; não o faz a autoridade quando lhe aprouver, nem como preferir. Em primeiro lugar, deve fazê-lo quando tiver ciência da irregularidade, sempre, portanto – e só então – que chegar ao seu conhecimento a consumação da falta disciplinar. Há de fazê-lo, em segundo lugar, apurando, antes a irregularidade por meio de processo administrativo. Assim se resguardam, simultaneamente, o interesse da Administração e o do funcionário – o daquela pela correção da irregularidade, se houver, prejudicial ao serviço público; o dele, por se lhe possibilitar o ensejo de se convencer de sua responsabilidade, se acaso a tiver”.*

Essas as observações que reputamos pertinentes no trato da matéria, notadamente quando em contato com os princípios aplicáveis aos processos administrativos disciplinares.

(\*) Promotor de Justiça de Sergipe, Professor de Direito Constitucional da UFS, UNIT, ESMESE, ESMPSSE e IELF. Autor do livro *Mandado de Injunção – Um instrumento de efetividade da Constituição (Ed. Atlas)*. Conferência proferida no dia 08 de outubro de 2003, no XXIX CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO, em Aracaju, Estado de Sergipe.

# AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: AUSÊNCIA DE VASOS SANITÁRIOS EM RESIDÊNCIAS

*Carlos César Souza Soares (\*)*

## 1. INTRODUÇÃO

Durante o decorrer dos trabalhos rotineiros da Promotoria, foi tomado conhecimento que muitas residências não possuíam latrinas, e que os detritos são lançados em valas ou mesmo a céu aberto.

Ora, se não existem latrinas nas casas, por conclusão lógica, também inexistem rede de esgoto nesses locais.

A aferição de tal ocorrência implica em concluir que o saneamento básico do Município de Simão Dias está totalmente em descompasso com o ordenamento jurídico, mostrando-se em direta rota de colisão com as determinações da Constituição Federal.

Esta inaceitável realidade mostra uma forma de negação ao cumprimento de um dos estruturantes Princípios Fundamentais do Estado Brasileiro: *a dignidade humana*.

Diante desse quadro, o Ministério Público deu início a investigação do fato com a instauração de Inquérito Civil, buscando apurar todos os fatores negativos envolvendo a saúde pública no Município de Simão Dias, visto que os fatores positivos, o direito à saúde pública, é um imperativo legal.

## 2. AFERIÇÃO DO PERIGO EPIDEMIOLÓGICO

Com a informação de que diversas famílias não possuíam sanitários em suas residências, foi pelo Ministério Público dado início a Inquérito Civil para apuração do fato. De imediato foram expedidos ofícios para o Prefeito Municipal, Vigilância Sanitária Municipal e Secretaria Estadual de Saúde, buscando informações sobre os fatos.

Quanto ao Prefeito, informou que o Município de Simão Dias não dispõe de Projeto de Saneamento Básico, e que tal atividade está a cargo do Governo do Estado, através do órgão PRONESE. A

Vigilância Sanitária Municipal informou que somente na sede do Município 927 famílias não conta com latrinas em suas casas, e que no interior, nos povoados, apesar de não existir dados estatísticos, a situação é em maior proporção, alertando que o Município de Simão Dias tem pelo último censo 34 mil habitantes. A Vigilância Sanitária do Estado ainda não remeteu a Promotoria o resultado do trabalho.

Porém, a informação empírica que existe é que, em significativo percentual de famílias, as casas são desprovidas de latrinas.

Inexistindo vasos sanitários, os dejetos são depositados em valas, no mato, ou até mesmo no leito do Rio Caiçá, que é um rio perene e que corta a sede do Município.

Como visto o problema epidemiológico se mostra com gravosa afetação, tanto na sede do Município, como na zona rural.

Foi apresentado na Promotoria dois Projetos interpostos junto ao Ministério da Saúde para construção de cento e sete (107) e cinquenta e dois (52) sanitários, respectivamente.

### **3. ENFOQUE INDIVIDUAL E SAÚDE PÚBLICA**

O Município de Simão Dias possui Conselho Municipal de Saúde que se reúne regularmente. O Conselho foi criado através da Lei nº 13/91 de 16 de dezembro de 1991. Determina a Lei Municipal que o Conselho Municipal de Saúde, órgão paritário, será presidido pelo Secretário Municipal de Saúde, bem como o Fundo Municipal de Saúde que foi instituído pela Lei nº 14/91, de 16 de dezembro de 1991. Consoante entendimento da Coordenação da Plenária Nacional de Conselhos de Saúde, representada pela sua Presidenta Adalgiza Balsemão, sustenta que a sistemática dos Conselhos devem avançar rumo a uma situação de divisão mais democrática, onde o Conselho de Saúde deve ser presidido por qualquer de seus membros, e que seria salutar, com olhos cravados na democracia, a presidência surgir em razão de eleição dos seus membros.

Da forma em que se apresenta o modelo do Município de Simão Dias, o Secretário de Saúde é a pessoa identificada como um poderoso responsável por todo o sistema de saúde do Município.

Por informação da própria Secretária de Saúde do Município, inexistente Plano Municipal de Saúde. De igual forma não existe estudos relativos às necessidades de oferta de saúde.

Dispõe o Município de um corpo de agentes de saúde, subordinados à Secretaria Municipal de Saúde; neste trabalho é feito um estudo epidemiológico, com relação a doenças catalogadas, isto ante a compulsoriedade. Quanto a estudo relativo a infra-estrutura e organização o Município não dispõe de informações nesse sentido.

Não existe convênios entre o Município de Simão Dias e qualquer outro ente federativo, no que concerne a distribuição de funções.

O Município dispõe de dois hospitais, onde é possível atendimento de média complexidade, a exemplo de parto e centro cirúrgico para emergências; dois (02) centros médicos que atendem na sede do Município de segunda-feira a sábado; e dezoito (18) postos de saúde espalhados na zona rural.

Não dispõe o Município de previsão orçamentária, valendo-se apenas do repasse de verba oriundo do Governo Federal.

As doenças epidemiológicas seguem através do trabalho de agentes de saúde com regular acompanhamento, podendo ser citado o freqüente acontecimento de controle da dengue.

O Município encontra-se numa zona de fronteira com o estado da Bahia, além de ser ladeada por diversos povoados do mesmo Estado. Possui hospitais na sua sede, com razoável oferta de serviços, o que atrai pessoas residentes na região fronteiriça do Município, a exemplo de Paripiranga/BA, Adustina/BA, Nossa Senhora de Fátima/BA, e mais Riachão/SE, Pinhão/SE e Lagarto/SE.

A questão epidemiológica da ausência de latrinas e saneamento básico é uma ocorrência que se verifica, também, nos Municípios circunvizinhos, acima enumerados. Tanto a população das sedes dos Municípios, bem como da zona rural, amargam a agressão de não disporem dentro de suas residências vasos sanitários para atender as suas necessidades fisiológicas.

Quanto a distribuição de assistência, o Município tem o perfil de ser ativo e passivo, pois recebe demanda de vários outros Municípios vizinhos e na parte ativa, nos casos em que surgem doenças de complexidade um pouco acima da média ou de alta complexidade, os pacientes são enviados para os hospitais da cidade de Aracaju/SE.

O Conselho Municipal de Saúde é o órgão máximo de fiscalização e acompanhamento de todo o sistema de saúde, isto

por determinação do artigo 77, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sendo a redação dessa norma constitucional da lavra do Poder Reformador, em conformidade com a Emenda Constitucional nº 29, *in verbis*:

***“Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.”***

Ocorre que a sociedade, representada pelos Conselheiros não tem, AINDA, a consciência do valor inafastável dessa atribuição, o que prejudica sensivelmente a plena eficácia do imperativo constitucional referente aos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesses termos, mostra-se a impositiva necessidade de capacitação dos Conselheiros de Saúde, que precisam ser reciclados através de um integrado sistema, no sentido vertical, onde a União poderia disponibilizar recursos para essa tarefa, levando a todos Municípios a mínima necessária orientação técnica.

Da maneira que se encontra disposto o Conselho de Saúde, configura-se como mero chancelador de documentos, estes necessários para liberação de verbas e dar cunho de legalidade em razão da determinação do citado artigo da Constituição Federal.

Caso o Conselho de Saúde funcionasse de maneira técnica, como é determinação do legislador constituinte, com certeza, a questão da epidemiologia e da saúde individual estaria em condições muito mais vantajosas, como é o exemplo de Simão Dias. O que adianta gastar um valor enorme com remédios se, na base, no mínimo, no saneamento básico, centenas de famílias não dispõem de latrinas dentro de suas casas e fezes e urina são jogados a céu aberto, o que onera sistematicamente o orçamento público com remédios para curar doenças que nem deveriam existir se saneamento básico fosse construído.

Como alerta, esse não é um problema isolado de Simão Dias. Por pesquisa, a informação que se obtém é que Municípios vizinhos

no Estado de Sergipe como: Lagarto, Poço Verde, Pinhão, Arauá, Carira, entre outros, estão na mesma situação, vale dizer inúmeras famílias não possuem latrinas em suas casas; o mesmo acontece com vizinhos Municípios do Estado da Bahia, como Paripiranga e Adustina, esses foram identificados.

Quanto ao Ministério Público, tem o dever institucional de buscar mobilizar os instrumentos jurídicos, que estão à disposição no ordenamento jurídico, para fazer cumprir a determinação constitucional e velar pela defesa dos direitos fundamentais. Ocorre que na prática as dificuldades enfrentadas pelo Promotor de Justiça é uma realidade que não pode ser esquecida. Órgão jovem na missão de cuidar da defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, nos precisos termos do artigo 127 da CF/88, nesses quatorze (14) anos de existência para desempenho dessa tão nobre função social, não se vislumbra o mínimo necessário de condições materiais para realização dessa missão. Os órgãos da administração do Ministério Público dependem de autorização legislativa e sanção de governadores para contratação de pessoal e aquisição de bens necessários para desenvolver a atividade. Ocorre que esse processo é lento, moroso, que depende de negociações políticas para aprovação dos textos legais autorizadores. Apesar de lento verifica-se que o avanço é progressivo. Ao exemplo de Simão Dias já existe um computador há algum tempo. Porém, todo o aparato de pessoal, equipamentos e bens outros inexistem, mas as reivindicações são diárias e com o passar do tempo essas dificuldades serão vencidas. Ai sim, vencidas essas dificuldades impeditivas de maior atuação do órgão do Parquet, a sociedade poderá contar com uma poderosa arma em defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

#### **4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A criação do Estado Brasileiro pela Carta de 1988 traz de forma indelével a estrutura do novo Estado, na forma de Estado Democrático de Direito, expressando como fundamento no inciso III do artigo 1º: a dignidade da pessoa humana.

A Lei Maior mostra no artigo 3º que são objetivos fundamentais, os seguintes:

***“Art. 3- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:***

***I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;***

***II - garantir o desenvolvimento nacional;***

***III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;***

***IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”***

Esses estruturantes princípios trazem como derivação os direitos e garantias fundamentais, onde está disposto o elenco imanente a direitos e deveres individuais e coletivos e direitos sociais, artigos 5º e 6º da CF/88; com certeza, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, entre os quais o direito à saúde, e o princípio da igualdade, que devemos jungir ao direito à saúde, por repulsa a que a saúde seja ofertada a uma parcela da sociedade e negada para outra.

Uadi Lammêgo Bulos<sup>1</sup> ao focar o tema, disserta:

***“A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral. Certamente, foi por essa razão que Francisco Fernandez Segado proclamou: “Es por ello mismo por lo puede afirmarse que todos los derechos que de la Constitución proclama, de una u outra forma, se encaminan a***

---

<sup>1</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

*posibilita el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma” (El sistema constitucional español, in Los sistemas constitucionales iberoamericanos, org. García Belaunde, Fernandez Segado e Hernández Vale, Madrid, Dykinson, 1992, p. 394).”*

#### 4.1. A saúde como direito fundamental

A CF/88 traz como um dos Princípios estruturantes da República o PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. A largueza desse instituto jurídico, pela alocação que se encontra no seio da Constituição [princípio estruturante] açambarca diversos outros PRINCÍPIOS, e ao caso em estudo A SAÚDE, Direito Fundamental, contido nos artigos 5º e 196, *in verbis*, respectivamente:

*“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”*

*“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

Pronto e acabado. Está escrito na Lei Fundamental, sobejando o exame da questão da eficácia da norma constitucional.

Em forma de desdobramento da plena efetividade e eficácia, a Emenda Constitucional nº 29/2000 determinou que quinze por cento (15%) do exercício financeiro dos Municípios serão destinados à saúde; e dos recursos da União e remetidos aos Municípios quinze por cento (15%) serão aplicados em serviços básicos de saúde, na forma disposta no artigo 77 e seu § 3º, do ADCT, *in verbis*:

*“Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo quinze por cento, no*

*mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.”*

Como visto linhas acima, o Município, sob a suposta égide de falta de recursos financeiros, simplesmente, posterga o direito fundamental assegurado na Constituição e as famílias ficam privadas da incolumidade de doenças de toda espécie à míngua de saneamento básico, com afetação imediata à saúde pública.

Cumpra alertar o contra-senso dos governantes ao afirmar a falta de recurso como maneira inibitória de conferência ao direito de saneamento básico. No cotejo do valor que seria gasto no atacado, com a realização das obras necessárias a colocação de vasos sanitários e instalação de rede esgotos, e no valor que se gasta no varejo, vale dizer, com remédios, médicos e hospitais, com certeza além do sofrimento da população em razão da infestação de doenças, em curto prazo o dinheiro gasto com o saneamento básico será infinitamente menor, com larga economia aos cofres públicos.

Assim, esses pensamentos retrógrados devem ser atacados de maneira decisiva em rumo a conferência do direito constitucionalmente assegurado.

Imaginemos a inaceitável agressão ao princípio da **dignidade humana**, pela manhã, o cidadão sair de sua residência com o excremento de urina e fezes colhidos em um penico para lançar em vala a céu aberto ou no mato. Essa cena grotesca de agressão a direitos constitucionalmente protegidos deve ser varrida, mesmo, da nossa imaginação.

Não é demais lembrar que, nesses casos, onde se situa o **princípio da igualdade**? Não é concebível que muitos possam acordar, tomar banho, satisfazer suas necessidades fisiológicas em vasos sanitários adequados, pondo-se incólume a doenças, enquanto outros se sujeitam a humilhante condição de ter que caminhar transportando fezes e urina para deposição em vala a céu aberto ou no mato, com inaceitável perigo de doenças de toda espécie.

A defesa desses direitos são asseguradas pela Constituição Federal de 1988, impondo ao Ministério Público o dever de intervir com ajuizamento de ações em defesa da sociedade.

Nesse momento surge o reclamo em forma de defesa no que concerne a problemática da discricionariedade dos atos administrativos, bem como a independência dos Poderes.

Em matéria saúde pública termos julgados que dirime qualquer possível dúvida.

#### **4.2. Legislação Municipal de saúde**

*O Município de Simão Dias, desde a promulgação da constituição Federal passou a editar leis municipais direcionadas a implementação do fundamental direito de saúde. Em 1991 foi criado o Conselho Municipal de Saúde, através da Lei nº 13/91, de 16 de dezembro de 1991; através da Lei nº 14/91, de 16 de dezembro de 1991 foi instituído o Fundo Municipal de Saúde; e em dezembro de 1998, pela Lei nº 138/98, foi criado o Código Municipal de Saúde.*

Tais instrumentos jurídicos tornam o Município dotado de aparato normativo necessário a conferência dos direitos dos cidadãos, imanescentes à saúde.

Foi criado o Conselho Municipal de Saúde, com composição paritária de diversos segmentos da sociedade, e por corolário, também criado o Fundo Municipal de Saúde. Ambos não funcionam nos termos previstos, sendo amostra cabal a ausência de saneamento básico.

O Código de Saúde do Município traça todo o arcabouço de saúde epidemiológica individual, inclusive criando a VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Todavia, no mesmo diapasão o funcionamento é precário.

Precisa, com certeza, haver um avanço no sentido de transformação social para que haja efetividade das normas municipais, que regulamenta o comando constitucional e as normas federais.

### **5. A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

*O povo outorga poderes a um universo de pessoas que se reúnem em forma de Poder Constituinte e, em nome do povo, é criada uma carta política que irá constituir instrumento eficaz de*

*pacificação social. O documento que se origina desse fenômeno é denominado Constituição<sup>2</sup>.*

Desta carta política, resulta o surgimento de um Estado que, por definição de Balladore Palliere, acolhida por José Afonso da Silva, é:

***“uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado.”***

Criado o Estado, todas as normas contidas na Constituição, de forma absoluta, devem ser respeitadas. Tais normas são revestidas de altivez e absolutismo que a única contestação permitida se perfaz quando da interpretação, com direcionamento a atingir o âmago ou a vontade contida na norma. De nenhuma conduta que escape ao raio da unicidade ou individualidade estrita e permitida a cada indivíduo, é admitido confrontação ou falta de observância do quanto estabelecido no texto constitucional.

Tal comportamento tem a ver com o Princípio da Supremacia da Constituição. Este não esbarra em resistência por parte dos doutrinadores. Ao inverso, é por significativa maioria aclamado, a exemplo de Barroso que escreve no sentido de que nenhum ato jurídico ou manifestação de vontade reveste-se de validade se for incompatível com a Lei Fundamental, e de que a supremacia da Constituição sobreleva a determinação de que leis anteriores postam-se revogadas e as leis posteriores à sua vigência devem ser declaradas nulas<sup>3</sup> se conflitantes com as normas contidas na Constituição.

---

<sup>2</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 2. “Pode-se dizer que o conceito “constituição” é um conceito em crise, por que, até hoje, os estudiosos não chegaram a um consenso a seu respeito, existindo diversas maneiras de concebê-lo (sentido sociológico, sentido jurídico, sentido político, por exemplo). Adotamos o entendimento de que a constituição é um organismo vivo, cujo escopo é delimitar a organização estrutural do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, através de um conjunto de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos.”

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999, p.156-157.

A Constituição posiciona-se como norma fundamental de toda ordem jurídica do Estado. Nesse passo, norteia todos os rumos do ordenamento, situando-se como paradigma ou instrumento balizador das normas subseqüentes às editadas pelo Poder Constituinte Originário.

Para tanto, é mister um sistema de controle para que tais normas subseqüentes não se friccionem com a Constituição, haja vista que as normas remanescentes devem buscar conformação e, assim não sendo possível, postam-se eivadas de eficácia.

Nesse diapasão, apresenta-se o Direito Constitucional, ramo diferenciado dos demais ramos do Direito, pois se encarrega do estudo de um direito que se encontra no topo da hierarquia jurídica. Dessa forma, as raízes lançam-se, retroativamente, por séculos, permeando fenômenos e ciências sociais outras: sociológica, econômica, política etc.

Para tanto, estudiosos, há séculos, lançaram-se no estudo do Direito Constitucional que teremos a oportunidade de, em apertado espaço, sinalizar alguns poucos desses nomes momentos mais à frente, mas uma curiosa observação é mister reafirmar: Poder e Constituição revezam-se ao longo da história, como âncoras que sustentam as relações sociais.

Mesmo nas históricas ocasiões em que o poder tudo podia, presente estava a Constituição a dar norte às relações sociais através do ordenamento jurídico existente. A exemplo, a tese sustentada por Ferdinand Lasalle, em 1862, que a Constituição não passava de um pedaço de papel e, contudo, vigoravam as normas da Constituição, consoante estudo apresentado por Conrad Hesse, que será estudado neste sub-item "A força normativa da Constituição".

No momento histórico atual, o povo brasileiro permitiu-se inaugurar um novo Estado, trazer ao mundo jurídico uma Constituição que os doutrinadores entendem como moderna, por abrigar princípios e direitos nada menos consolidados em estado de direito e democracia.

E, como tal postada, a proteção da continuidade dessa vontade do Poder Constituinte Originário, em forma de estabilidade, fez-se necessária. Na classificação das Constituições, quanto à estabilidade, assumiu a CF/88 a espécie de constituição rígida. É uma espécie de Constituição escrita que possibilita modificações do seu texto através de um processo legislativo bem mais dificultoso que as demais

normas infraconstitucionais. Dessa diferenciação, resulta a hierarquia das normas constitucionais, postando-se a Constituição como norma maior e todas as demais normas a ela devendo submissão. É a consagração do Princípio da Supremacia da Constituição.

Esse entendimento, também, é esposado por Paulo Bonavides<sup>4</sup>.

***“As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhe confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras do direito vigente num determinado ordenamento.”***

A conseqüência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica soberana.

Com o advento da promulgação da Constituição, surge um novo ordenamento jurídico. Esse entendimento não destoa, é pacífico na medida em que os operadores do Direito utilizam-se da pirâmide de Kelsen e colocam a Constituição Federal como texto máximo, sob o qual se afere a validade das demais normas existentes no mundo jurídico.

Perseguindo essa forma de pensar, mister se faz a observância da postulação dos doutrinadores que mostram entendimento pacífico de que as normas anteriores perdem, de imediato, a eficácia, caso entrem em rota de colisão com o texto constitucional.

Ao enfrentar o assunto no seu Curso de Direito Constitucional, Celso Bastos faz o seguinte comentário:

***“Com a entrada em vigor da Constituição, cessa a eficácia da norma constitucional, o mesmo não se dando com a legislação***

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 267.

*ordinária anterior, a qual não cessa de vigor, embora o novo fundamento de validade venha informado pelos princípios materiais da nova Constituição. O único obstáculo a transpor é não ser contrária à nova Constituição. Dá-se portanto uma novação, o que significa que as normas ordinárias são recepcionadas pela nova ordem constitucional e submetidas a um novo fundamento de validade.*

*A única exigência para que o direito ordinário anterior sobreviva debaixo da nova Constituição é que não mantenha com ela nenhuma contrariedade, não importando que a mantivesse com a anterior, quer do ponto de vista material, quer formal. Não que a nova Constituição esteja a convalidar vícios anteriores. Ela simplesmente dispõe ex novo. O que se quer dizer é que o fato de uma norma ter sido aprovada por um ato inferior à lei, mas que sob o regime anterior tinha força de lei, não é óbice para que continue em vigor debaixo da Constituição nova que exija lei formal para tanto.”*

Na longínqua época de predominância dos poderosos, o que se aferia era negativa de direitos fundamentais. Na atual época, sob a emoção de que o poder emana do povo, a definitiva vitória da democracia tomou corpo, bastando, apenas a efetividade das normas constitucionais.

### **5.1. A força normativa da Constituição**

Alexandre de Moraes no seu livro *Direito Constitucional Administrativo*<sup>5</sup>, mostra as diversas formas de interpretação constitucional nos seguintes termos:

---

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 64-65.

***“A Constituição Federal há de ser sempre interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento encontrar-se-á o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia. Partindo-se da premissa fundamental da supremacia das normas constitucionais, são os seguintes os princípios e as regras interpretativas das normas constitucionais:***

- da unidade da constituição:...***
- do efeito integrador:...***
- da máxima efetividade ou da eficiência:...***
- da justeza ou da conformidade funcional:...***
- da concordância prática ou da harmonização:...***
- da força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada a que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais. A supremacia das normas constitucionais e sua força normativa já foram analisadas (conferir seção 2.5).”***

Sem embargo de apenas ser uma lembrança do histórico do Direito Constitucional, a preocupação dos estudiosos, as reflexões e perplexidades que vararam os séculos são merecedoras desta breve nota que, talvez, possa somar aos curiosos mais algum aguçamento direcionado à produção de ciência, em especial a este aspecto de Direito Constitucional.

A preocupação com a força normativa da Constituição persegue os cientistas do Direito há séculos. Estudando o Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup> cuidou da tradução do

---

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

trabalho de Konrad Hesse, “A Força Normativa da Constituição” onde mostra que, no distante ano de 1862, Ferdinand Lassale proferiu conferência com o tema “A essência da Constituição”. Naquela oportunidade, defendeu a tese de que as questões constitucionais são questões políticas, e não questões jurídicas, e que existiam duas Constituições: a Constituição real do país, formada pela força do poder (militar, econômico, social, e intelectual.); e a Constituição jurídica que não passava de um pedaço de papel.

E persegue ainda a tradução.

Quarenta anos mais tarde, Georg Jellinek afirmou que as questões constitucionais são políticas, e não jurídicas, sendo que a força política pode mover-se por suas leis impostas e sendo este poder superior à força das normas jurídicas. O autor buscou questionar sobre a força normativa da Constituição e a afirmação da Ciência do Direito Constitucional, sob esta ótica.

Em seqüência no estudo, fez ponto de partida no encontro de norma e realidade. Asseverou que as normas devem contemplar as ciências naturais, técnicas, econômicas e sociais, e a pretensão de eficácia na norma jurídica será realizada com a admissão destas condições, com a comunhão do ser e do dever ser. E ainda afirma que a força normativa da Constituição não reside apenas na adaptação inteligente de uma realidade, pois, apesar de a Constituição não poder, por si só, nada realizar, pode impor tarefas. A realização de tais tarefas, afirma, é a comprovação da existência da força ativa. Esta será presente se existir uma consciência geral e, principalmente, dos responsáveis pela ordem constitucional de que as tarefas devem ser cumpridas, com a somação de vontade de poder e vontade de constituição, entendendo vontade de constituição como a vontade humana do cumprimento das normas da Constituição. E assim é finalizado o trabalho traduzido:

***“A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como bem como seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.”***

Conforme Konrad Hesse, a todos cabe, firmemente, dar cumprimento aos comandos contidos na Constituição, *vontade de Constituição*, o que, em síntese, faz configurar a supremacia da Constituição.

## 6. PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO

O administrador público está exercendo uma atividade em nome e para a sociedade. Por este motivo seus atos são atrelados as normas do ordenamento jurídico e somente com respaldo legal pode produzir atos.

Dessa forma, os atos da administração pública não são atos de puro arbítrio, sendo o arbítrio tido como discricionariedade, na forma da lei. Quanto aos determinados em lei vige o instituto do Poder Vinculado, ambos voltados, sempre, para o bem estar social. Assim pensa Alexandre de Moraes<sup>7</sup>:

“Ocorre para o bom desempenho dessas funções e o alcance de suas finalidades, sempre em prol do interesse público, a Administração Pública tem assegurado uma oposição de supremacia em relação aos administrados, com a existência de diversos poderes da Administração. Saliente-se que essa posição hierarquicamente superior da Administração Pública deve coadunar-se com as regras básicas de um Estado de Direito e vislumbra, sempre, o interesse público, e não podem confundir-se com árbitro.

...

Dessa forma existem hipóteses em que a lei estabelece que, presentes certos requisitos, o administrador deve atuar de determinada maneira, ou seja, constatando-se a existência de pressupostos fáticos, o administrador deve editar o ato administrativo.

---

<sup>7</sup> Op. cit., p. 131-133.

Inexiste, portanto, qualquer vontade subjetiva da Administração Pública na formação do ato administrativo, pois sua atuação é vinculada à ocorrência dos pressupostos fáticos. Trata-se do chamado ato administrativo vinculado.

...

Como expõe René Chapus, o poder discricionário das autoridades administrativas não é outro senão o poder de escolher entre duas ou mais decisões ou dois ou mais comportamentos igualmente conformes à legalidade, pois, exercendo o poder discricionário, a Administração só pode fazer aquilo que o Direito lhe permite.”

Renato Poltronieri<sup>8</sup>, ao aprofundar o estudo sobre a discricionariedade dos atos administrativos, mostra de maneira efetiva que a discricionariedade limita-se, apenas, com relação ao que a lei não fixa pontos determinantes, ou impossibilidade da prática do ato, tendo o seguinte raciocínio:

“Existindo o dever jurídico de adotar para o fato real a solução ideal preconizada na norma disjuntiva, a discricionariedade pode se sustentar diante da impossibilidade prática de provar que houve violação de tal dever. Pois é fruto da impossibilidade de objetivamente reconhecer, por meio de uma norma categórica, quando a lei não o predetermina, qual será o comportamento concreto apto a atingir de modo perfeito a solução ideal para um determinado caso.”

Ainda, o mesmo autor lembrando Roberto Grau<sup>9</sup>, reforça o entendimento nos seguintes termos:

---

<sup>8</sup> POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 117.

<sup>9</sup> Idem, mesma página.

“Segundo Roberto Grau (1995:312), “a discricionariedade é uma atribuição, decorrente da norma jurídica válida, à autoridade administrativa”. Ou seja, para ele, atuar discricionariamente somente será possível quando houver previsão na norma jurídica.”

Maria Sylvia Zanella<sup>10</sup> também traz ensinamento no sentido de que a vinculação da Administração Pública que antes era negativa, hoje é positiva em cotejo com a Lei, vale dizer, a Administração faz o que a Lei determina. Quanto a discricionariedade a autora afirma que ela é limitada pela própria Lei:

“A própria discricionariedade tem que ser compreendida como um poder limitado pela lei; deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração Pública age livremente; a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico. O anterior princípio de que a Administração pode fazer tudo o que não está proibido foi substituído por aquele seguindo o qual ela só pode fazer o que a lei permite. A lei não é mais uma barreira externa, fora da qual a Administração pode agir livremente; toda a atuação administrativa passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido pela lei; fora desse círculo nada é possível fazer.”

Logo, fácil fica a visualização de que a questão de saúde pública não se situa no campo de ato discricionário, é um poder regrado pela Constituição Federal e que deve ser adimplido pelo Poder Público. A omissão pode redundar em aforamento de providência judicial no sentido de fazer valer o fundamental direito da saúde, trazido ao mundo jurídico pelo legislador constituinte.

---

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38.

## 7. A DEFESA DOS DIREITOS DA SAÚDE EM JUÍZO

A afronta ao fundamental direito de saúde tem recepção positiva dos Tribunais não somente quanto a saúde pública, como também a saúde individual de cada cidadão.

Descabe a argumentação de falta de recursos, esta sucumbe ao direito fundamental de saúde, conforme a Constituição. Antônio Maues assim se posiciona no seu trabalho Direito Público Sanitário Constitucional, pg. 42:

***“Portanto, o direito à saúde foi constitucionalizado em 1988 como direito público subjetivo a prestações estatais, ao qual corresponde o dever dos Poderes Públicos desenvolverem as políticas que venham garantir esse direito. Tal forma de constitucionalização é ponto de partida para analisar a eficácia e aplicabilidade do direito à saúde, examinando também sua exigibilidade judicial.”***

O autor cita que a jurisprudência é consentânea quanto a força normativa da Constituição quando levado a cotejo o argumento de falta de verba e de previsão orçamentária e cita a decisão do STF no Agravo Regimental 273.834-4 que estava em exame decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que:

***“A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes.”***

Deixa claro o professor que o Ministro Celso de Mello negou que o acórdão recorrido houvesse desrespeitado a ordem constitucional, asseverando que:

***“Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei***

Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa. (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.”

Como comentado alhures, o direito fundamental da saúde é protegido de maneira individual como coletiva como registro do caso julgado pelo STF. Ocorre que na situação de epidemiologia o caso é de ainda maior gravidade pois a exposição de perigo comum, afeta a doenças de toda espécie, atinge a toda uma coletividade, é questão de saúde pública.

Com efeito ao objeto deste trabalho se adequa a exposição supra, visto que a ausência de latrinas em residências é uma questão epidemiológica e que merece ser sanada de forma urgente e gradual até a sua total sanção, pela via conciliatória da negociação política, culminando com Termo de Ajustamento de Conduta ou por força de decisão judicial, em sede de Ação Civil Pública.

## 8. O MISTER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal armou a sociedade brasileira com poderosos instrumentos de defesa dos direitos de cidadania, difusos e coletivos, erigindo o Ministério Público como guardião da sociedade, impondo-lhe o dever institucional de promover as ações necessárias a defesa desses direitos.

Assim, é dever dos integrantes do Ministério Público, todas as vezes que se defrontar com lesões a direitos especificados na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais tomar as medidas cabíveis e necessárias a defesa desses direitos.

Dessa forma, ao caso em exame, defesa do fundamental direito da saúde, é dever institucional do Ministério Público promover a instauração do inquérito civil e deflagrar ação civil pública com o fito de sanar toda e qualquer afetação ao direito a saúde lesado ou ameaçado.

A atuação do *Parquet* não é uma discricionariedade é um dever. Como ao caso vertente, aferido a lesão ao fundamental direito da saúde foi instaurado inquérito civil que encontra-se em fase de colheita de provas, objetivando, assim, possível ajuizamento de Ação Civil Pública.

Necessário se faz um breve comentário sobre a pronta eficácia das ações civis públicas, estas ornadas com os institutos das cautelares, onde, gize-se: liminares e tutela antecipada. O norte que se busca de maneira muito clara é a extirpação da ameaça ou lesão ao direito protegido. O que interessa de forma muito nítida é a conferência do direito, pura e simplesmente.

Ocorre que nem sempre o desfecho final encontra o objetivo tão almejado. Assim, o mais sensato é a busca da conciliação, quando possível, através do TERMO DE AJUSTAMENTO E CONDUTA, consoante previsão do § 6º do artigo 5º da Lei 7.347/85. Logo, repetitivo mais necessário, se possível a avença é um caminho menos longo para que o direito seja preservado.

Ocorre que o campo de atuação na transigência pelo órgão do *Parquet* é limitado face a natureza do direito: direito indisponível. Ao se deparar com os termos levados a mesa de negociação para compor a realização do direito violado ou ameaçado, o representante do Ministério Público deve zelar para que todo o direito na sua essência

seja respeitado e devidamente realizado. A transação fica a cargo de criteriosa concessão de prazos e condições circunstanciais aferindo-se a real vantagem de encurtamento no tempo da realização do direito tutelado<sup>11</sup>.

A exemplo do caso indicado neste trabalho, mesmo antes de findar todo o trabalho de busca de provas no inquérito civil, é possível a efetivação de *termo de conduta e ajustamento*, contanto que seja conferido o direito de todas as casas do Município de Simão sejam contempladas com sanitários e esgotamento sanitário, podendo haver fixação de prazos razoáveis para total efetivação do compromisso assumido. Fora a isto, deve ser ajuizado a competente ação civil pública.

Aqui traça-se um apêndice para comentário sobre a possibilidade de requerimento de liminar ou antecipação de tutela. A Lei 7.347/85 em vários momentos admite a possibilidade de concessão de liminar por força cautelar. Especificamente, no artigo 11 determina que:

***“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”***

Observe-se que o não cumprimento da obrigação de fazer, como o caso de realizar o adimplemento de colocação nas casas de vasos sanitários e esgotamento sanitário, implica em condenação de multa diária. Tudo bem. Mas imagine-se que não seja dado

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli: “Esses compromissos de ajustamento não são, a rigor, verdadeiras transações, pois que os órgãos públicos legitimados a tomá-los não são titulares do direito lesado (direitos e interesses transindividuais), de forma que não tem como dispor do que não lhes pertence. Limitam-se apenas a tomar, dos causadores do dano, o compromisso de que estes ajustem sua conduta às exigências legais, dentro dos termos e condições fixadas. Trata-se de uma mitigação da indisponibilidade, de grande proveito e eficácia”.

cumprimento a determinação judicial de obrigação de fazer e nem pagamento da multa diária, qual o remédio jurídico para dar cumprimento a determinação judicial, visto que não é decisão terminativa? Apenas, observe-se a imposição de multa diária persegue o objeto até o dia em que efetivamente se cumprir? Porém, outra pergunta: Quem irá pagar as multas diárias? O Município? E mais, tais valores só serão devidos após o trânsito em julgado da decisão final, por força do § 2º do artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública.

Merece reflexão a possibilidade de aplicação do novel instituto da tutela antecipada contida no artigo 273 do Código de Processo Civil, em combinação com os artigos 11 e 19 da Lei 7.347/85.

Introduzido no mundo jurídico pela Lei 8.952/94, a antecipação de tutela é imanente ao pedido principal que consta no corpo da inicial e, se concedido, nos termos exigidos no *caput* e incisos do artigo 273 do CPC, possibilita a execução provisória do pedido formulado, inclusive as multas diárias, conforme determina o § 3º. Levadas ao cumprimento da obrigação de fazer e pagamento das multas pela via executória do título executivo judicial, possibilita uma abreviação no decurso do tempo da efetividade da medida judicial, com a possibilidade de afetação do gestor de negócio a responder judicialmente por improbidade administrativa, em processo próprio, nos termos da Lei nº 8.429/92, e neste será, de logo, responsabilizado ao ressarcimento do dano causado inclusive pelo pagamento das multas que são devidas pelo Município.

A Lei modificatória acima citada também deu nova redação ao artigo 461 do CPC, que trata da obrigação de fazer e não fazer, onde o juiz concederá a tutela específica da obrigação, determinando providências que assegurem o resultado prático do objeto da ação. Vislumbre-se ao caso em exame em que as famílias estão privadas de sanitários em suas residências. O pedido é no sentido de sanção dessa afronta. Concedido o pedido e determinado a instalação dos vasos sanitários, com respectiva construção de esgotamento sanitário, atrelado a imposição de multa diária, pelo comando do § 4º deste artigo. Pronto, a tutela jurisdicional foi concedida. Porém, não ocorreu o cumprimento da determinação judicial. Qual a via de coerção para adimplemento da decisão judicial? Se utilizarmos a execução contida no artigo 632 e seguintes do CPC, está assegurado a que a obrigação seja cumprida à custa do devedor, mas quem irá

pagar? Será que é possível a determinação de abertura de licitação, aquisição dos bens e serviços? Entendo que essa via é inadequada.

Reforçando a tese contida no parágrafo antecedente, a Lei 10.444 de 7 de maio de 2002, no seu artigo 1º, alterou o artigo 273 do CPC, trazendo expresso a seguinte redação ao § 3º:

***“A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, § § 4º e 5º, e 461-A”.***

Este dispositivo traz a conjugação da concessão da tutela específica, bem como a possibilidade da execução provisória. Inclusive, é aceitável a execução com a utilização do artigo 461-A do CPC, onde está disposto no § 2º que traz na redação a possibilidade de mandado de busca e apreensão, no que concerne a pena de multa, e que poderá, com o valor ser dado cumprimento a obrigação, restando, assim, satisfeito o direito fundamental da saúde.

Dessa forma, com a execução provisória, corre de maneira paralela, o processo da ação civil pública e a ação de execução da antecipação de tutela, podendo ainda tomar curso a competente ação de improbidade administrativa em desfavor do gestor de negócio, visto que o comando do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 é no sentido de que a violação, por ação ou omissão, aos princípios que regem a Administração Pública, redundando em improbidade administrativa, e não cumprir a determinação da Constituição Federal, ainda com determinação judicial sobre o fato específico, afronta o princípio da legalidade e lealdade ao Poder Executivo Municipal, *in verbis*:

***“Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:”***

Sob essa ótica, temos o sentir da possibilidade de abreviação de efetiva afronta ao direito violado, podendo dar retorno em menor tempo que nas execuções específicas, onde concomitantemente

sofrerá execução a pena de multa e obrigação de fazer, podendo o dinheiro da multa ser revertido para reconstituição do bem lesado.

Com adequação a questão da ofensa ao direito à saúde, em suma, salutar seria a providência, caso não haja um voluntário assentimento por parte do Poder Público em construir esgotamento sanitário, em moldes da dignidade da pessoa humana, poderá ser ajuizada Ação Civil Pública, com pedido de Tutela Antecipada, com estipulação de multas diárias com significativo valor. Deferida a Tutela, se não cumprida, pode-se dar continuação na marcha processual com a Execução de Obrigação de Fazer, e concomitantemente Execução de Pagamento de Quantia Líquida e Certa referente às multas, por Execução Provisória; e ainda ingressar com Ação por Prática de Improbidade Administrativa, sujeitando o gestor de negócios ao ônus da lesão causada ao erário e, também, descumprimento aos princípios norteadores da Administração Pública.

Nestes termos, correndo paralelamente, com o fruto dos valores obtidos com a Execução, dar-se início ao adimplemento à execução dos trabalhos de saneamento básico, à custa, assim, do gestor de negócios.

## **9. CONCLUSÃO**

A questão de conferência de direitos fundamentais está atrelada, via de regra, à intervenção do Estado, sendo a exemplo o presente estudo, que trata do direito fundamental da saúde.

Detectado que centenas de famílias não possuem latrinas em suas residências, imediatamente aflora ofensa ao princípio da dignidade humana, que, sem qualquer esforço de raciocínio, imaginar-se o cidadão, ao romper da manhã, sair de sua residência com um urinol ou penico para jogar seus dejetos ao céu aberto; é uma situação extremamente degradante; isto dever ser aliado ao iminente perigo de doenças de toda a espécie.

Em contato com a Secretária Municipal de Saúde, foi apresentado, apenas, a viabilização de construção, em dois projetos, de cento e sete (107) e cinquenta e dois (52) sanitários, no total de cento e cinquenta e nove (159), isto apenas na zona urbana. Quanto aos demais, da zona urbana e zona rural, inexistente qualquer previsão.

É o descaso com a saúde pública, como exemplo vivo da não efetividade de direitos constitucionalmente protegidos.

Assim, mister se faz que sejam deflagradas ações por todos os pontos onde ocorram agressões dessa espécie, como forma de agilizar a conferência dos direitos determinados pela Constituição Federal.

É finalizado o trabalho, com o sentimento de que foi identificado um fato de natureza epidemiológica, que traz sérias conseqüências, a médio e longo prazo para a saúde da pessoa humana, que poderá ilustrar possíveis discussões para campanhas de saneamento básico de maneira verticalizada pelo Poder Público, que tem a obrigação de fazer a promoção, através de ações, de serviços básicos de saúde, consoante disposto na Emenda Constitucional nº 29/2000.

Por fim, fica o registro que o Inquérito Civil que apura o fato encontra-se em curso e que, certamente, irá desaguar em ajuizamento de Ação Civil Pública.

(\*) Promotor de Justiça da Comarca de Simão Dias/SE.

# NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES DE ARMA DE FOGO E ASSEMELHADOS

*César Dario Mariano da Silva (\*)*

Ansiosamente esperada, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2.003, mais conhecida como “Estatuto do Desarmamento” foi publicada e entrou em vigor na mesma data. Foram anos de acirrada discussão no Congresso Nacional, principalmente por causa dos grupos de pressão ou “lobbies” dos fabricantes e comerciantes de armas. A lei foi criada com o propósito de diminuir a quantidade de crimes violentos em que há emprego de arma de fogo, principalmente os homicídios e roubos, além de possibilitar a prisão de assaltantes e outros marginais antes da prática do crime.

Salientamos que a Lei nº 9.437/97 foi expressamente revogada pelo art. 36 do Estatuto.

O novo diploma legal, além de regulamentar a posse, o porte e o comércio de armas de fogo, acessórios e munições no território nacional, criou uma série de crimes com o escopo de dar efetividade às suas normas, punindo rigorosamente determinadas condutas graves.

Tratam-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido de forma absoluta pela lei, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano. Assim, a objetividade jurídica dos delitos elencados no Estatuto é a incolumidade pública, ou seja, a segurança da sociedade como um todo, que deve ser preservada, evitando-se que bens jurídicos como a vida, a segurança e a integridade física da coletividade sejam lesionados ou expostos a perigo de dano. Em alguns crimes específicos, o Estatuto também protege a administração pública, como ocorre nos delitos descritos no art. 16, parágrafo único, incisos I e II.

Observamos que os crimes descritos no Estatuto prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a

experiência tem demonstrado que a posse ou o porte ilegal de armas de fogo, acessórios ou munições, ou outras condutas correlatas, colocam em risco a coletividade, sendo isso fato notório.

O sujeito passivo desses delitos será, via de regra, a coletividade (crime vago). Em alguns tipos penais poderemos ter pessoas determinadas como sujeito passivo secundário, como ocorre no disparo de arma de fogo em via pública (art. 15).

Há corrente doutrinária entendendo que os delitos contidos no Estatuto são crimes de lesão e não de perigo, seja abstrato ou concreto. Para esses doutrinadores, com a reforma penal de 1.984 e atual Constituição Federal, não pode mais existir em nosso direito qualquer tipo de presunção, inclusive quanto a perigo. Como há necessidade de ser demonstrado, dolo, culpa e culpabilidade, não se admite que haja presunção sem efetiva demonstração de que houve realmente a ocorrência de perigo (princípio da culpabilidade). Além disso, a presunção de inocência vedaria o reconhecimento antecipado de culpa em sentido amplo sem o necessário julgamento e advento de uma sentença condenatória definitiva. De tal forma, quanto ao resultado jurídico, seriam crimes de lesão, e quanto ao resultado naturalístico, seriam crimes de mera conduta (Cf. Damásio Evangelista de Jesus, Crimes de Porte de Arma de Fogo e Assemelhados, p. 11/12).

Considerando os delitos de arma de fogo como de lesão teremos dois planos de proteção superpostos:

1 - O plano A, em que as condutas são permitidas. Ex: venda de um psicotrópico com receita médica para aliviar a dor. Nesse caso, o psicotrópico atua como analgésico e seu uso é permitido pela lei, desde que haja prescrição médica, como ocorre com a morfina. O cidadão estará atuando de acordo com o direito e não estará rebaixando o nível de segurança coletiva que é exigido pela legislação. Portanto, não há crime a ser punido.

2 - O plano B, em que as condutas são proibidas pela legislação. Nesse caso, o comportamento do sujeito está aquém do permitido e rebaixa o nível de segurança coletiva exigida pela legislação. Há, portanto, lesão ao interesse coletivo (incolumidade pública). Caso haja norma tipificando essa conduta, teremos um ilícito penal. É o que ocorre nos delitos de armas de fogo, quando, por exemplo, o sujeito efetua disparos em uma via pública, rebaixando

o nível de segurança coletiva, uma vez que qualquer pessoa da coletividade poderia, em tese, ser atingida pelo disparo.

Destarte, nos crimes de lesão não há simples perigo, mas efetiva lesão ao objeto jurídico protegido pela norma. A coletividade como um todo é lesionada, pois o nível de segurança coletiva exigido é rebaixado. Como nos ensina Damásio: *“Os delitos de porte de arma e figuras correlatas são crimes de lesão porque o infrator, com sua conduta, reduz o nível de segurança coletiva exigido pelo legislador, atingindo a objetividade jurídica concernente à incolumidade pública. E são crimes de mera conduta porque basta à sua existência a demonstração da realização do comportamento típico, sem necessidade de prova de que o risco atingiu, de maneira séria e efetiva, determinada pessoa”*. (ob. cit, p. 14).

Nos crimes de lesão não se exige dano ao objeto material; há apenas lesão ao objeto jurídico tutelado pela norma sem a necessidade do advento de resultado naturalístico, embora esse possa ocorrer em alguns casos. Os crimes vagos, de acordo com esse posicionamento, causam efetiva lesão ao objeto jurídico tutelado pela norma penal, não havendo necessidade, pois, de saber se houve perigo (abstrato ou concreto) em determinada conduta. Assim, poderia ser demonstrado, por exemplo, que o porte ilegal de arma de fogo defeituosa não causa lesão ao objeto jurídico por falta de potencialidade lesiva, sem se perquirir se crime de perigo abstrato admite, ou não, prova da não-ocorrência do perigo de dano em determinado caso concreto. Ademais, acabar-se-ia com a discussão doutrinária sobre as presunções no âmbito do direito penal.

Cuida-se, sem dúvida, de inovação em nosso direito, que sempre teve presente a diferenciação entre crime de perigo abstrato e concreto, notadamente em várias passagens no Código Penal e na legislação especial, como no Código de Trânsito Brasileiro e na Lei de Tóxicos.

Preferimos, porém, continuar com o entendimento de que os crimes descritos no Estatuto do Desarmamento são de perigo abstrato, não necessitando da prova de sua ocorrência. Não entendemos, portanto, que haja violação ao princípio da culpabilidade ou da presunção de inocência quando se presume a ocorrência de perigo em determinada conduta descrita pela legislação. Ora, a própria Constituição Federal determina que o Legislador crie crimes

e comine penas às condutas que sejam nocivas à sociedade. E este pode, dentro de sua competência, elencar situações em que não há necessidade da demonstração de perigo, eis que a experiência demonstra que elas são perniciosas à sociedade, sem se perquirir quanto à existência de vítima determinada ou de efetivo perigo de dano concreto há uma pessoa qualquer. Trata-se de opção política do Legislador para a real proteção da coletividade contra pessoas que poderão colocar em risco a segurança do grupo social ao praticar condutas típicas. Se houve a criação de tipos penais que sequer fazem menção à ocorrência de resultado, seja de dano ou de perigo, não cabe ao intérprete exigi-los, violando a competência constitucional do Poder Legislativo.

Observamos, porém, que na segunda conduta descrita no art. 16, parágrafo único, inciso II, do Estatuto, o crime é de dano e não de perigo.

Da mesma forma, não há violação ao princípio da culpabilidade porque é exigido o dolo e culpa (em sentido amplo) para que a conduta seja tipificada penalmente e punida. Além disso, ninguém está sendo considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória, tanto que se exige o devido processo legal com todas as garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório.

Com efeito, esperamos que a nova legislação consiga, pelo menos, diminuir a sensação de insegurança existente na sociedade, que se vê desprotegida e acuada diante da criminalidade violenta.

(\*) 8º PJ do II Tribunal do Júri de São Paulo

## BIBLIOGRAFIA

- CAPEZ, Fernando, *Arma de Fogo*, São Paulo, 1ª ed., Saraiva, 1997.
- DAMÁSIO, Evangelista de Jesus. *Crimes de Porte de Arma de fogo e Assemelhados*, São Paulo, 1ª ed., Saraiva, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 2ª ed., Forense, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio, e DE OLIVEIRA, William Terra, *Lei das Armas de Fogo*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2002.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, 3ª ed., Forense, 1955.
- MARIANO DA SILVA, César Dario. *Manual de Direito Penal*, vol. I, 3ª ed., Forense, 2003.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, São Paulo, 31ª ed., Saraiva, 1995.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, parte general (*Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*). Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid : Civitas, 1999. T.1.
- SILVA FRANCO, Alberto *et al.* *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 1995.
- TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, 5ª ed., Saraiva, 2000.

# O CARÁTER JURISDICIONAL DO PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

*Darcilo Melo Costa (\*)*

- I - As funções do Estado. A jurisdição como uma das funções da soberania estatal;
- II - A jurisdição como função precípua do Poder Judiciário. Funções outras dos órgãos judiciários. A jurisdição contenciosa e a voluntária;
- III - A jurisdição voluntária ou tutela judiciária de interesse privavados;
- IV - Características da jurisdição voluntária;
- V - Distinções entre administração, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária;
- VI - Casuística;
- VII - Conclusão.

## **I – AS FUNÇÕES DO ESTADO. A JURISDIÇÃO COMO UMA DAS FUNÇÕES DA SOBERANIA ESTATAL.**

A jurisdição é uma das manifestações da soberania estatal. Os Estados exercem o poder político soberanamente em seu território nos limites do sistema político-jurídico. A princípio mera força física, o poder político se exercia sem limitações, manifestando-se numa atmosfera ajurídica, ao sabor dos interesses dos governantes, sem preocupações do caráter da liceidade desta atuação, no plano externo como internamente, dentro de suas fronteiras. Somente a custo de ingente pregação dos filósofos, estadistas, e com muito sangue derramado, veio a prevalecer a idéia de que internamente a lei é o limite do poder; externamente, os tratados e convenções internacionais, o que somente veio a ser reconhecido após vencidos

aqueles estágios primitivos de civilização; vencidas etapas da existência histórica das nações. Característica moderna do Estado é o poder de criação do **direito**, do qual decorrem as demais funções estatais.

Diz-se que a soberania do estado, não obstante una e indivisível, é fracionada ou partilhada por três órgãos, vale dizer, exercida em três planos ou esferas de ação, correspondentes às suas três funções: a de editar a lei; a de administrar a coisa pública; a de julgar. A cada uma destas funções corresponde um poder político, constituído por um conjunto de instituições e pessoas: o Poder Executivo, ou de administração; o Poder Legislativo; o Poder Judiciário. A este, na partilha das funções, compete a função de julgar; aplicar o direito ao caso a julgamento. Aquele direito proclamado abstratamente pelo Poder Legislativo (a que não falta a colaboração do executivo, seja na atribuição de sancionar ou vetar o projeto de lei, seja na iniciativa das leis que lhe são confiadas pela Constituição).

A esta atividade precípua do Poder Judiciário chamamos de função jurisdicional. A jurisdição, termo expressivo por sua etimologia – **juris + dictio** – consiste, repetimos, em dizer o direito para a solução do conflito de interesses entre as partes. Conscientes os homens, individualmente considerados (em suas experiências de vida) e bem assim os povos (em suas tradições históricas) dos conflitos em potencialidade ou consumados no viver em sociedade, perceberam todos da impossibilidade de serem evitados os choques ou conflitos entre as pessoas. Assim, sentiram todos a necessidade de editarem conjuntos de regras disciplinadoras do comportamento social, como “formas de adaptação” ao convívio grupal; formas de serem alcançados estágios superiores de civilização.

Inviável que era o viver isolado, o homem, renunciando a este isolamento – talvez ideal para alguns – teve de renunciar às suas tendências de afirmação ou poder pessoal sem oposições, compelido a reconhecer o poder, ou melhor, o direito dos outros. Tendo de harmonizar suas pretensões pessoais de um poder incontrastável com pretensões idênticas dos seus semelhantes, e não obstante cioso de que “no fundo é um animal solitário que heroicamente se retesa contra o mundo” – **Will Durant** (1), foi compelido (o homem) a traçar normas de convivência social que se expressam em mais de uma ordem ou “processos sociais de adaptação”, na expressiva

observação de **Pontes de Miranda**: a moral, a política, a religião, a arte, a economia, o direito (2). Trata-se de “pontos de apoio” da estruturação social, ressalta o tratadista (3).

Posto que “solitário”, lhe são inerentes cambiantes de animal gregário, abraçando ou aceitando (de bom grado ou não) o “inevitável viver convivendo”, na feliz expressão do Prof. **Calmon de Passos** (4). Se para Robinson Crusóé possível era viver na inexistência de regras sociais de conduta, porquanto sozinho em sua ilha não estava sujeito a travar conflitos com outrem, o mesmo não se dá com o homem vivendo em sociedade, forçado a travar relações com os demais, mesmo porque este intercâmbio lhe é proveitoso. Ademais, não é bom que o homem viva só. Daí a genialidade de **Daniel Defoe** em concluir sua obra com o retorno do seu herói à pátria mãe, fazendo eco à Providência Divina: “não é bom que o homem esteja só; e da costela que tinha tirado de Adão, formou o Senhor a mulher” – Gênesis, cap. 2, 18/22 (5).

Destarte, dizíamos, se é imprescindível um conjunto de leis – regras jurídicas a par das regras morais e outras – para disciplinar o convívio social, mister se faz a institucionalização de órgãos para restabelecerem a paz social rompida, impondo a observância da regra violada. Para este desiderato o Estado institui os órgãos judiciários incumbidos de exercerem a jurisdição: a aplicação da lei ao caso concreto, prevenindo ou solucionando a lide – o conflito de interesses.

## **II – A JURISDIÇÃO COMO FUNÇÃO PRECÍPUA DO PODER JUDICIÁRIO. FUNÇÕES OUTRAS DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS. A JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E A VOLUNTÁRIA.**

Quando se diz que o judiciário tem por função exercer a jurisdição, não se quer dizer que outras não lhe sejam atribuídas, como funções acessórias (secundárias ou complementares). Na verdade, as funções de editar a lei, de executar atos de administração, como exercer atos de julgamento estão presentes em todos os três órgãos estatais. O legislativo não somente legisla; o executivo não só administra; o judiciário não apenas julga. A chamada teoria de separação de poderes deve ser entendida em termos: poderes separados ou “independentes” significa a não subordinação de uns

aos outros. Realmente, longe de independência, o que se verifica é interdependência nos limites traçados pela Constituição Federal. Queremos nos referir à colaboração que o poder de estado necessita dos demais, como à fiscalização recíproca a que estão submetidos.

Além dos atos de administração, o executivo também legisla e julga; legisla, quando baixa decretos conforme o seu “poder regulamentar” (Constituição Federal, art. 84, IV), além de editar “medidas provisórias” e “leis delegadas” (CF. arts. 62 e 68); julga, quando aplica sanções administrativas ou disciplinares a seus servidores, através do processo administrativo (art. 41, § 1º, II). O legislativo, administra e julga; administra, ao praticar atos de administração ou execução, provendo os seus cargos públicos, providenciando serviços condizentes a seus misteres constitucionais (aliena veículos imprestáveis, adquire material de expediente, constrói prédios, contrata serviços); julga, quando decide sobre a acusação contra o Presidente da República, ministros do Poder Executivo e ministros do Supremo Tribunal Federal (arts. 51, incisos I e II e 52, I e II). O Judiciário, por sua vez, administra e legisla; administra, quando prover seus serviços (nomeia, aposenta servidores, constrói fóruns, adquire material de expediente); legisla, ao editar seus regimentos. Mas estas não são suas precípua atribuições ou funções.

Precípua ou principal ao Poder Judiciário é o exercício da jurisdição, que se caracteriza pela finalidade de solucionar a disputa pelos litigantes dos bens da vida e suas relações jurídicas; assim fazendo colima, afinal, pela pacificação dos espíritos. Mas a esta missão, a principal, sem dúvidas, não se limita a atividade jurisdicional; apenas avulta de importância o atendimento ao direito violado, ou seja, sobreleva de importância a solução da lide. Temos aí a jurisdição contenciosa. Contudo, não se apresenta correta a idéia de limitar-se o conceito de jurisdição ao caráter contencioso da lide. Seria estreitar a missão constitucional de juízes e tribunais. Este, precisamente, o tema deste nosso trabalho. Relembre-se que nas ações declaratórias há igualmente o caráter jurisdicional do processo apesar de não estar presente o conflito contencioso, como também no processo de execução (inexistindo embargos).

Destarte, dizemos como **Pontes de Miranda (6) Calmon de Passos (7) Edson Prata (8) José da Silva Pacheco (9) Galeno**

Lacerda (10) entre outros, que a função jurisdicional se exerce não somente nos procedimentos contenciosos, como igualmente nos de jurisdição voluntária, pois nesta segunda hipótese igualmente se faz necessária a sentença do juiz, ante a “gravidade e delicadeza” dos interesses postos sob a tutela do órgão judiciário (para usarmos da expressão do Prof. Moacyr Amaral Santos) (11).

### **III – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA OU TUTELA JUDICIÁRIA DE INTERESSES PRIVADOS.**

Como identificarmos os procedimentos que constituem a jurisdição voluntária? Dentre os atos relevantes da vida em sociedade podemos dizer que há uma diversidade de atos que somente podem ser realizados na conformidade de regras legais preestabelecidas; mas enquanto alguns deles são celebrados sem interferência das autoridades públicas, seja do executivo como do judiciário, outros, ao revés, somente têm validade se houver participação do agente público, mesmo que envolvam apenas interesses de particulares, como negócios da vida privada. Destarte, pode ser concebido o seguinte esquema ou classificação:

A – negócios jurídicos de natureza privada sem interferência do agente do Estado: a compra e venda de coisa móvel; locação de um prédio; arrendamento de uma fazenda; procuração por instrumento particular;

B – negócios jurídicos (igualmente entre particulares) que por sua relevância a lei obriga a participação de funcionários dos quadros do judiciário, o “serventuário de justiça” ou funcionário do executivo, sem necessidade de atuação do juiz: compra e venda de imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo do país; registros de nascimento, de óbito, registro da propriedade imobiliária; constituição e registro de sociedades civis ou comerciais;

C – atos processuais de cuja formação deve participar, sob pena de invalidade, o juiz: alienação de bens de menores e interditos, nomeação de tutor, de curador, declaração de ausência, declaração de interdição, emancipação de menores, casamento, execução de testamentos, separação consensual;

D – conflitos de interesses que reclamam sentença do juiz para declaração do direito que o autor se diz possuidor, sob resistência do réu.

Bem nítida é a distinção das classes extremas supra esquematizadas. Na primeira – CLASSE A – não há necessidade de atuação de agentes do Estado, por quaisquer de seus funcionários; na última – CLASSE D – participa necessariamente O JUIZ. Mas naquelas situações intermediárias – CLASSES B e C – não obstante divergências dos juristas, podemos distinguir, com clareza, as duas situações inconfundíveis: aquelas onde não há necessidade de pronunciamento do juiz, mas tão somente do serventuário (o chamado fora extrajudicial) – CLASSE B – e aquelas onde se faz indispensável decisão do JUIZ – CLASSE C. Dada a relevância do direito protegido, pela “gravidade e delicadeza” dos direitos e deveres em causa, a lei, sabiamente, não permite que tais negócios jurídicos (desta terceira classe) estejam a cargo de funcionário desprovidos dos atributos da jurisdição. Aí faz-se necessária sentença do juiz. Somente os procedimentos referentes a essa CLASSE C devemos conceituar como de jurisdição voluntária, que por sua natureza distingue-se daqueles da segunda classe; a aqueles (classe B) se limitaria a denominação “administração pública de interesses privados.” (Mortara, Frederico Marques).

Inicialmente chamou-se “administração de Direito Privado” – **Albert Hanel**; ao depois, “administração pública do Direito Privado” - *Ammnistrazione Publica del Diritto Privato* – **Guido Zanobine** (12). A expressão é usada ao lado de “jurisdição voluntária”. Jurisdição graciosa ou administrativa são também expressões sugeridas; a primeira, aceita, não, a segunda (jurisdição administrativa), pois traria confusão com o chamado “contencioso administrativo”. À jurisdição voluntária, contudo, não falta quem lhe retire o caráter ou natureza jurisdicional. O Prof. **José Frederico Marques**, mestre de gerações de processualistas (e nós, provinciano estudioso do processo), traz para o Direito Brasileiro doutrina de **Ludovico Mortara** (e outros juristas italianos – **Liebman, Zenobine, Chiovenda**, dentre outros). Conquanto tenha distinguido a “jurisdição voluntária” (procedimentos sob o crivo do juiz – CLASSE C do esquema supra) daqueles procedimentos da CLASSE B (perante serventuários de justiça ou funcionários outros, não o juiz), o autor do famoso “Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária” (sua tese à conquista da cátedra de Direito Judiciário Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) arrola todos eles sob uma mesma rubrica: “administração pública de

interesses privados”. Apenas naquele pormenor discorda do emérito **Lopes da Costa**, um dos primeiros juristas pátrios a estudar a matéria, que não fazia aquela distinção.

Definindo a jurisdição voluntária “como a administração pública do direito privado, exercida por órgãos do judiciário”, sustentou em seu famoso “Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária”:

“A natureza administrativa da jurisdição voluntária, admitida por grande número de doutrinadores, afigura-se indiscutível” ... “Em matéria de jurisdição voluntária não se pode, portanto, falar de jurisdição propriamente dita” ... “Entendemos que a jurisdição voluntária não pode confundir-se com a jurisdição propriamente dita e tem prevalentemente caráter administrativo” – Ensaio, pags. 64, 65, 66 e 69 (13). Grifamos.

A tese é mantida em obras posteriores:

“A impropriamente denominada jurisdição voluntária, que não é voluntária nem jurisdição, constitui função estatal de administração de direitos subjetivos (de ordem privada principalmente), que o Estado exerce, preventivamente, através dos órgãos judiciários, com o objetivo de constituir negócios e relações jurídicas dos particulares, ou de modificar e extinguir relações e negócios já existentes” ... “Distingue-se a jurisdição voluntária da jurisdição contenciosa (ou jurisdição propriamente dita), porque embora atividade judiciária, o seu caráter é o de atividade estatal administrativa” (grifo no original) – Instituições, vol. I, pag. 257 (14).

“Em confronto com a jurisdição contenciosa, esses atos podem ser qualificados de funções do órgão judiciário no exercício de atividade administrativa pertinente a interesses privados que surgem e se desenvolvem com a

cooperação estatal, atuação essa que não tem por pressuposto um litígio ou pretensão” Manual, vol. I, pag. 80 (grifamos). (15).

Tentar demonstrar o contrário – a jurisdição voluntária não tem caráter de mera atividade administrativa do juiz, pois é, mesmo, jurisdição – é o objetivo deste trabalho, calcado em autores tão eminentes quanto o autor do festejado “Ensaio”.

A jurisdição contenciosa tem por escopo solucionar conflitos individuais e coletivos surgidos em face de pretensões que se digladiam perante o Judiciário. Com a decisão judicial os direitos são declarados – ações declaratórias; relações jurídicas são constituídas – ações constitutivas. Mas igualmente, relações e situações jurídicas são declaradas e constituídas por sentença judicial sem que haja o pressuposto do litígio. Com efeito, determinadas situações e relações somente podem ser atendidas, com segurança, mediante sentença do juiz; simples ato do serventuário não é o bastante. Precisamente é o que ocorre na jurisdição voluntária, onde, inicialmente, não se configura o contraditório entre as partes interessadas (conflito que motivaria a ação). Contudo, no curso da demanda, questões controvertidas surgem configurando um conflito paralelo ou secundário ao interesse comum das partes, inicialmente em consenso. Os exemplos esclarecem.

Numa ação de separação consensual o objetivo das partes é a dissolução da sociedade conjugal; não há litígio – jurisdição voluntária. Mas no curso da ação, não obstante o consenso das partes sobre a separação, questões controvertidas podem surgir (e comumente surgem): guarda dos filhos; partilha dos bens, sobre os quais dissentem o casal. São estas questões controvertidas – litígios secundários – que evidenciam o caráter jurisdicional da ação. Tivesse a decisão destas questões caráter administrativo, a lei confiaria a serventuários da justiça ou funcionários outros o deslinde destas controvérsias; como são questões que implicam sentença do juiz, impõe-se o reconhecimento de tratar-se de atividade jurisdicional.

Igualmente, numa ação de nomeação de tutor, não há litígio, mas o consenso pelo interesse no deferimento da tutela ao menor. Todavia, parentes do mesmo (avós, irmãos, tios) podem disputar a nomeação. Podem disputar porque a discriminação do art. 1.731

do Código Civil (anterior 409) não obriga o juiz a segui-la, podendo, a seu critério (juízo de conveniência ou oportunidade) nomear o irmão, não, o avô, ou optar pelo tio, não, o avô ou irmão.

Ora, sobre esta disputa se estabelece um contraditório, que implica sentença do juiz (como no exemplo acima da guarda de filhos e partilha de bens na separação consensual).

Estes, os argumentos de contestação à tese de **Ludovico Mortara, Frederico Marques** e seus seguidores.

A doutrina exposta no citado “Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária”, que fez escola, malgrado seus equívocos, data vênua, e que recebeu de **Amílcar de Castro** o elogio de ser “o mais completo trabalho sobre a jurisdição voluntária”, mereceu de **Pontes de Miranda** acerbas críticas; outros juristas o seguiram. Disse o emérito processualista:

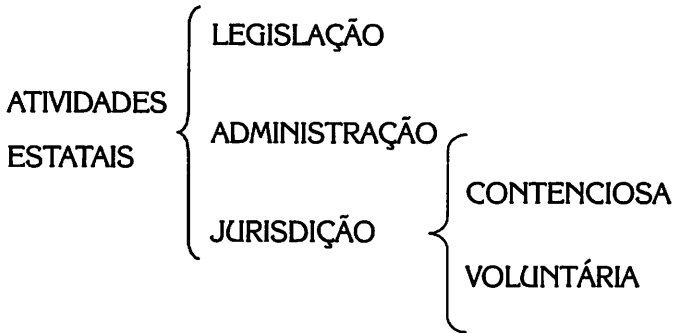
“Os escritores que atribuem caráter administrativo à jurisdição voluntária deformam o conceito de jurisdição e tentam reduzi-lo ao de jurisdição contenciosa ... Não há só jurisdição e administração; há administração e há jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária ... Dizer-se que não há partes nas ações de jurisdição voluntária é evidente absurdo” (16).  
Grifamos.

Depois de acentuarem que também na jurisdição voluntária se resolvem “situações incertas ou conflituosa” (grifamos), concluem **Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco**, em sua “Teoria Geral do Processo”:

“Por isso, na doutrina mais moderna (o Ensaio de F. Marques é de 1952) surgem vozes no sentido de afirmar a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. Não há por que restringir à jurisdição contenciosa os conceitos de parte e de processo (mesmo porque este, em teoria geral, vale até para funções não-jurisdicionais e mesmo não-estatais). A redação do art. 1º do Código de Processo Civil deixa claro o entendimento de que a jurisdição comporta

duas espécies, a saber: contenciosa e voluntária”  
(Teoria Geral, pag. 154, 14ª Ed. 1998 (17).

Resumindo: a jurisdição é gênero que abarca duas espécies: jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. Com estes conceitos pode-se conceber o seguinte esquema:



Também o Professor **José da Silva Pacheco** exproba não se reconhecer o caráter jurisdicional aos processos (Pontes de Miranda não distingue aí “processos” e “procedimentos”) de jurisdição voluntária. Reiterando o que dissera em obra anterior (Curso Teórico-Prático de Processo Civil), leciona o ilustre Professor:

“O problema a nosso ver, não existe. Criam-no os que: a) acompanham as discussões estrangeiras; b) põem os olhos no passado, quando muita coisa que hoje é objeto do processo civil, outrora competia a órgãos da administração; c) entendem só haver jurisdição quando o juiz aplaca a discórdia, exercendo a sua função inter invitos e não inter volentes, pondo na base a necessidade de controvérsia ... Jurisdição não é simplesmente julgar quando há desacordo; é fazer justiça em nome do Estado, sempre que necessária, haja ou não desacordo, controvérsia ou litígio entre os interessados”. E referindo-se ao art. 427 do

Código Civil (hoje art. 1.748): “É esta atividade do juiz ao receber o pedido do tutor, examiná-lo, apreciá-lo e dar-lhe ou não autorização, mera atividade administrativa? Parece que a resposta negativa se faz imperiosa” ... (sublinhamos). (18).

#### IV – CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Considerando seus pressupostos, natureza e objetivos e valendo-nos dos ensinamentos dos mestres da processualística – **Frederico Marques e Edson Prata**, notadamente – podemos dizer que a jurisdição voluntária tem as seguintes características:

- a) é função judiciária preventiva ou constitutiva de direitos de família, quase sempre, com repercussões no estado das pessoas e no seu patrimônio;
- b) é função estatal de natureza tutelar de interesses e direitos das pessoas;
- c) é função fiscalizadora de pessoas jurídicas de casuística limitada, fundações, quase sempre.

Detalhando estas características gerais, acrescentamos:

- 1) Inexistência de litígio ou “lide” forense (conflito de interesses);
- 2) as partes vão a juízo lado a lado, e não uma contra a outra (diversamente da jurisdição contenciosa – autor contra o réu);
- 3) possibilidade de dissenso acerca de controvérsias secundárias (litígios paralelos), não obstante o consenso das partes sobre o pedido principal da ação;
- 4) o provimento judicial tem caráter integrativo ou homologatório de negócios jurídicos privados;
- 5) as ações e respectivas sentenças têm natureza declaratória ou constitutiva, nunca “condenatória”);

- 6) a sentença não se dirige contra adversários do autor, mas a seu favor (o titular do direito protegido pela lei);
- 7) a sentença não produz coisa julgada material (art. 1.111 do CPC);
- 8) inexistindo “litígio” não há vencedores e vencidos, não se configurando a “sucumbência” (própria das ações contenciosas e condenatórias);
- 9) maior arbítrio do juiz, que não fica adstrito a “critérios de legalidade estrita”, fazendo uso, constantemente, da chamada “jurisdição de equidade” – juízo de conveniência ou oportunidade – CPC, arts. 1.107 e 1.109);
- 10) ampla atuação de ofício do juiz no curso da ação e até mesmo na sua instauração – arts. 1.129, 1.142, 1.148, 1.149, 1.160);
- 11) atuação do Ministério Público em todas as ações – art. 1.105;
- 12) irrelevância da revelia, não se aplicando, destarte, as disposições do art. 319 do CPC;
- 13) a sentença – tanto de extinção (art. 267) como a de mérito (art. 269) – é reformável por ação ordinária (art. 486), não, por ação rescisória.

## **V – DISTINÇÕES ENTRE ADMINISTRAÇÃO, JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA**

A jurisdição voluntária ou graciosa se distingue da administração e da jurisdição contenciosa. Da administração se diferencia por ser esta uma atividade primária ou originária do Estado, visando o bem comum; um serviço público posto em benefício da coletividade. Na administração o poder público age em função da finalidade, mesmo, para que fora instituído. Sobreleva o interesse público na atuação dos órgãos da administração, seja na esfera do Executivo como na do Judiciário. Portanto, como atividade primária e destinada ao interesse público, reiterar-se, a administração se

distingue da jurisdição voluntária, que é atividade secundária ou substitutiva, visando o atendimento do interesse particular.

Também da jurisdição contenciosa se distingue a voluntária. Desde que o Estado retirou do particular o fazer justiça pelas próprias mãos, não resolvendo por si mesmo determinados negócios jurídicos (mesmo que de seu próprio interesse), ele, o Estado, lhe substitui na solução destes negócios. Esta ação substitutiva é mais um traço a sublinhar o caráter jurisdicional da “tutela judiciária de interesses privados” ou jurisdição voluntária. Aqui não há “litígio”, certo, mas desavenças, controvérsias paralelas, secundárias, que implicam um contraditório a requerer a sentença do juiz. Esta, precisamente, a linha divisória entre jurisdição voluntária e administração bem como em face da jurisdição contenciosa, reitere-se.

## **VI – CASUÍSTICA**

Partindo do pressuposto de que a jurisdição voluntária – CLASSE C do esquema supra do item III – não se confunde com a administração pública de interesses privados - CLASSE B - podemos discriminar exemplos que se enquadram numa ou noutra classificação e sua regulamentação no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei dos Registros Públicos. Anos atrás escrevemos artigo com este tema para a Revista “Fragmenta”, Nº 1, pag. 19 a 48, da Universidade “Tiradentes”, em 1984, reproduzido na “Revista de Direito da Universidade Federal de Uberlândia”, Nº 15, pag. 87 a 104, em 1986, ao tempo do antigo Código de Menores. Depois reproduzimos o artigo para atualizá-lo perante o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.169/90), publicado na “Revista do Tribunal do Estado de Sergipe”, Nº 15, pag. 11 a 22, em 1995. Agora, diante da promulgação do novo Código Civil, fazemos nova atualização, em face deste Código – Lei 10.406 de 10/01/2002.

## ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE INTERESSES PRIVADOS

Antigo Cód. Civil	Matéria	Novo Código Civil
Art. 9º, § 1º, I	emancipação por ato dos pais	Art. 5º, parágrafo único, I
Art. 12	registros de nascimentos, casamentos, óbitos e divórcios	Art. 9º, I
Art. 18	constituição e registro das pessoas jurídicas	Art. 45
Art. 26	fiscalização das fundações	Art. 66
Art. 134	contratos translativos de direitos reais	Art. 108
Art. 180	habilitação de casamento	Art. 1.526
Art. 357	reconhecimento de filho ilegítimo por escritura pública	Art. 1.609
Art. 530, I	aquisição de propriedade imobiliária	Art. 1.245
Art. 698	transcrição de servidões	Art. 1.379
Art. 715	transcrição de usufruto	Art. 1.391
Art. 1.168	doação por escritura pública	Art. 541
Art. 1.289, § 2º	procuração por escritura pública	Art. 655
Art. 1.581	renúncia de herança por escritura pública	Art. 1.806
Art. 1.632	testamento público	Art. 1.864
Art. 1.638	testamento cerrado	Art. 1.868
Art. 1.773	partilha por escritura pública	Art. 2.015

## ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 9º	atuação do poder público relativo ao aleitamento materno
Art. 10	determinações aos hospitais e maternidades sobre assistência à gestante e ao neonato
Arts. 54, 57 e 59	determinações acerca do ensino fundamental, cultura, esporte, lazer dirigidos à criança e ao adolescente.

## LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS

Art. 50	registro de nascimentos
Art. 67	habilitação para casamento
Art. 77	registro de óbitos
Art. 120	registro das pessoas jurídicas
Art. 127	registro de títulos e documentos
Art. 167	registro de imóveis

## JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Discriminadas hipóteses de “administração pública de interesses privados”, - CLASSE B – de forma exemplificativa, não, exaustiva (ver relação maior no citado “Ensaio” e nas “Instituições”, vol I, de Frederico Marques), passamos a discriminar exemplos de “jurisdição voluntária”:

<b>Antigo Cód. Civil</b>	<b>Matéria</b>	<b>Novo Cód. Civil</b>
Art. 5º, inciso IV	declaração de ausência	Art. 22
Art. 9º, § 1º, I	emancipação por sentença do juiz	Art. 5º, § un. I
Art. 27, § un.	suprimento judicial para constituição de fundações	Art. 64
Art. 192	celebração de casamento	Art. 1.533
Art. 380, § un.	divergência no exercício do pátrio poder, hoje, poder familiar	Art. 1.361, parág. único.
Art. 394	suspensão do poder familiar	Art. 1.637
Art. 395	destituição do poder familiar	Art. 1.638
Art. 410	tutela por nomeação do Juiz	Art. 1.732
Art. 424	exercício da tutela	Art. 1.740
Art. 453	decretação de interdição	Art. 1.767
Art. 730	taxa determinada pelo juiz em favor do administrador do usufruto	Art. 1.410
Art. 1.644	cumprimento do testamento cerrado	Art. 1.875
Art. 1.646	cumprimento de testamento particular	Art. 1.877

## ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

- Art. 28 a 32 colocação da criança ou adolescente sob proteção de “família substituta”
- Art. 33 disposições sobre “guarda”
- Art. 36 tutela
- Art. 39 adoção.

## LEIS DOS REGISTROS PÚBLICOS

- Art. 57 alterações no registro civil de nascimento
- Art. 69 casamento
- Art. 88 justificação de óbito
- Art. 92 interdição de incapazes
- Art. 94 declaração judicial de ausência
- Art. 109 retificações do registro civil.

Disciplinando estas disposições de direito material, o Código de Processo Civil mantém toda uma parte – Título II do Livro IV – destinada aos procedimentos de jurisdição voluntária: arts. 1.103 a 1.210. Ressalte-se que pelo art. 1.218 continuam a ser regidos pelo Código passado (o CPC de 1939) os procedimentos relativos a direito comercial marítimo nele discriminados.

## VII – CONCLUSÃO

Discute-se ainda hoje a natureza jurídica da jurisdição voluntária, não faltando, repetimos, nomes ilustres (como acima demonstrado) que lhe negam caráter jurisdicional. Mas de matérias polêmicas a doutrina está cheia: basta lembrarmos que até pouco tempo o mestre **Francesco Carnelutti** negava caráter jurisdicional ao processo de execução, como exposto em seu “Sistema de Derecho Procesal Civil”. Retificando depois, em “Derecho y Proceso”, reconhece como jurisdicional o aludido processo de execução (citado em Edson Prata). (19).

Antes de concluirmos registre-se que vai crescendo a corrente jurisdicionalista, como observa o Prof. **Alexandre Freitas Câmara**:

“A esta teoria (administrativista), porém, se opõe uma outra, conhecida por teoria revisionista ou jurisdicionalista, que vê na jurisdição voluntária uma forma de exercício da função jurisdicional. Tal teoria conta com a adesão de grandes processualistas, em nada ficando a dever à teoria dominante. Assim é que, entre os defensores da teoria revisionista, podemos relacionar **Cândido Dinamarco, Ovídio Baptista da Silva, Vicente Greco Filho, Sérgio Bermudes** e entre os autores estrangeiros, **Salvatore Satta e Hernando Devis Echandia**” (20).

Da administração, recapitulando, distingue-se a jurisdição voluntária por ser atuação do Estado, na pessoa do juiz (“ação substitutiva”), destinada a compor situações jurídicas de interesse do particular, em seus negócios privados. Da jurisdição contenciosa a voluntária se diferencia pela inexistência de litígio a motivar a instauração da ação. Relembre-se que nas ações contenciosas pode deixar de haver o litígio se ocorre revelia ou se as partes celebram transação; mesmo assim ninguém diz que a ação deixou de ser contenciosa. Considerando que nos procedimentos de jurisdição voluntária, não obstante o consenso das partes sobre os objetivos da demanda, poderá haver contraditório sobre questões que surgem no curso da ação, questões que somente serão dirimidas por sentença do juiz, não hesitamos em concluir pelo caráter jurisdicional da jurisdição voluntária, seguindo ensinamentos dos mestres da processualística Carnelutti, Antonio Michelli, Carlos Maria de Marini, Antonio Visco, Calmon de Passos, Edson Prata, Marcos Afonso Borges, Galeno Lacerda, José da Silva Pacheco, Amílcar de Castro, Cândido Dinamarco, Ovídio Baptista da Silva, Vicente Greco Filho, Sérgio Bermudes e Pontes de Miranda.

(\*) Procurador de Justiça do MP de Sergipe, aposentado em julho de 2003.

## BIBLIOGRAFIA

- (1) WILL DURANT, citado em "Da Jurisdição", de Calmon de Passos, pag. 5, Ed. Progresso, 1974;
- (2) PONTES DE MIRANDA – Tratado de Direito Privado, tomo I, págs. 9 e 10, 2ª ed. Borsoi, 1954;
- (3) PONTES DE MIRANDA – Comentários a Constituição de 1946, vol. I, pag. 33, 2ª ed. Max Limonad, 1953;
- (4) J.J. CALMON DE PASSOS – Da Jurisdição, pag. 6;
- (5) BÍBLIA SAGRADA, Gênesis, Cap. 2, vers. 18 e 22, Ed. Paulinas, 1977;
- (6) PONTES DE MIRANDA – Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XVI, pag. 5 e 6, Ed. Forense, 1977;
- (7) CALMON DE PASSOS – Obr. cit. pag. 50 a 55;
- (8) EDSON PRATA – Jurisdição Voluntária, pag. 75, Ed. Universitária 1979;
- (9) JOSÉ DA SILVA PACHECO – Direito Processual Civil, vol. I, págs. 252 e 253, ed. Saraiva, 1976;
- (10) GALENO LACERDA – Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo, I, pag. 23, 1ª ed. Forense;
- (11) MOACYR AMARAL SANTOS – Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. I, pag. 79, 14ª ed. Saraiva;
- (12) JOSÉ FREDERICO MARQUES – Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, pag. 253, 4ª ed. Forense, 1971;
- (13) JOSÉ FREDERICO MARQUES – Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, Milenium Editora, 2000;
- (14) JOSÉ FREDERICO MARQUES – Instituições, vol. I, pag. 257;
- (15) JOSÉ FREDERICO MARQUES – Manual de Direito Processual Civil, vol. I, pag. 80, 2ª ed. 1974;
- (16) PONTES DE MIRANDA – Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XVI, págs. 7 e 9;
- (17) A. C. ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO – Teoria Geral do Processo, pag. 155, 14ª ed. Malheiros, 1998;
- (18) JOSÉ DA SILVA PACHECO – Direito Processual Civil, vol. I, págs. 253 e 255; ed. Saraiva, 1976;
- (19) EDSON PRATA – Obr. cit. Pag. 125 a 127;

(20) ALEXANDRE FREITAS CÂMARA – Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, págs. 77 e 78, 10ª edição, ed. Lumem Juris, 2004.

**Outras obras consultadas:**

AMILCAR DE CASTRO – Reparos sobre a Jurisdição e a Ação (in Revista Brasileira de Direito Processual, Nº 1);

EDSON PRATA – Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. II, Tomo I, ed. Forense, 1983;

**CELSO AGRÍCOLA BARBI – Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, ed. Forense, 1983;**

JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO – Comentários ao Código de Processo Civil, vol. X, 4ª ed. Forense, 1995;

JOÃO PAULO LUCENA – Comentários ao Código de Processo Civil, vol.15, ed. Revista dos Tribunais, 2000.

ALCIDES MENDONÇA LIMA – Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. XII ed. Rev. Trib. 1982.

VICENTE GRECO FILHO – Direito Processual Civil Brasileiro Vol. III, 16ª edição, ed. Saraiva, 2004.

# DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL<sup>1</sup>

*Hamilton Alonso Jr. (\*)*

## 1. INTRODUÇÃO

Conforme estabelece a Constituição Federal, o meio ambiente é *bem de uso comum do povo* (art. 225 *caput*), essencial à sadia qualidade de vida.

Antes mesmo da Constituição, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), em seu artigo 2º, I, classificou o *meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo*.

A utilização de um bem que a todos pertence só se dará de forma regular quando autorizado pelo seu guardião, vale dizer, o Poder Público a quem incumbe, por missão constitucional, sua tutela (art. 225 CF).

Essa intervenção estatal na gestão desse bem social ocorre através de permissões, autorizações, licenças e fiscalização. Por intermédio dos três primeiras formas ocorre o controle prévio. Já a fiscalização é concomitante ao exercício da apropriação do bem ambiental.

Evidentemente, para nós, proprietários desse bem, o interessante é que a intervenção estatal se intensifique na esfera preventiva. Não por outro motivo, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, adotou, em sua Declaração de Princípios, o denominado Princípio da Precaução, que textualmente prevê:

*“Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser legalmente aplicadas pelos estados, segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis,*

---

<sup>1</sup> Aula proferida na Escola Superior do Ministério Público do Estado de Sergipe em 04.06 de 2004.

*a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”<sup>2</sup>*

Dentro dessa concepção de que esse bem tem natureza pública<sup>3</sup>, possui necessariamente gestão estatal (gestão pública) e controle prévio, passamos a estudar o licenciamento ambiental.

## **2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL - SUA IMPORTÂNCIA**

O licenciamento ambiental, no Brasil, veio sendo exigido em várias Unidades da Federação a partir de 1972, após a Conferência de Estocolmo. No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei Estadual n. 997/76 o previu. Já no cenário nacional a Lei Federal 6.803/80 instituidora de “diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição” fez previsão acerca da avaliação de impacto ambiental, mas, sem dúvida, foi com a Lei Instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente que ganhou corpo, definitivamente, o instrumento, porquanto além de previsto no artigo 10 (“...dependerão de prévio licenciamento...”), o artigo 9º da Lei 6.938/81 o consagrou como *instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente*.

Em 1988, a preocupação preventiva na questão ambiental ganhou *status* constitucional, com a previsão, no artigo 225, IV, a exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, Estudo de Impacto Ambiental.

Regulamentando a Lei Instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente temos ainda o Decreto Federal n. 99.274/90, que disciplinou o licenciamento ambiental (art. 17 a 22), fixando três fases: licença prévia, de instalação e operação.

---

<sup>2</sup> Princípio n. 15.

<sup>3</sup> Como ensina Cristiane Derani “a realização deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social” (Direito Ambiental Econômico, São Paulo, Max Limonad, p. 256).

Atualmente disciplina, em âmbito nacional, o licenciamento ambiental a Resolução CONAMA n. 237/97.

O Licenciamento Ambiental não pode ser visto como instrumento antagônico ao desenvolvimento. Muito pelo contrário, é ele corolário do Princípio do Desenvolvimento Sustentado. Por intermédio dele a Administração deve buscar o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação de nosso patrimônio ambiental, fazendo valer o art. 170, VI, da Constituição Federal, que traz como um dos princípios informadores da ordem econômica a defesa do meio ambiente.

Portanto, constitui o licenciamento imprescindível instrumento de gestão ambiental.

Sua definição encontra-se atualmente na Resolução CONAMA 237/97: é o *“procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”* (art. 1º, I).

É o Poder Executivo por meio de seus órgãos competentes e técnicos que conduz o licenciamento ambiental. O faz no exercício de seu poder de polícia, vale dizer, poder de controlar determinadas atividades permitidas aos particulares, sendo tal função indelegável.

### **3. PROCEDIMENTO NO LICENCIAMENTO**

Como qualquer tipo de procedimento o licenciamento ambiental obedece a preceitos legais, normas administrativas e ao trâmite estabelecido em lei.

Como procedimento administrativo é o licenciamento ambiental composto por um desencadear de atos administrativos que conduzem a um resultado final e conclusivo.

Porém, como lembra Édis Milaré, *“ao contrário do licenciamento tradicional, marcado pela simplicidade, o licenciamento ambiental é ato uno, de caráter complexo, em cujas etapas intervêm vários agentes, e que deverá ser precedido de*

*estudos técnicos que subsidiem sua análise...*” (Direito do Ambiente, 3ª ed., RT, p. 482)<sup>4</sup>.

Essa complexidade é constatada pelas inúmeras fases. Segundo o artigo 10 da Resolução CONAMA 237/97 possui o licenciamento, no mínimo, oito etapas. Merecendo algumas, transcrição e comentário:

I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

Nesta etapa deve o órgão licenciador decidir da necessidade do EIA/RIMA. Outros estudos mais simples podem ser exigidos, como, por exemplo, o Estudo de Impacto de Vizinhança ou outra avaliação. Nem todo estudo precisa ser o previsto no artigo 225, § 1º, IV, da Constituição Federal<sup>5</sup>. Exemplo: a Resolução CONAMA n. 308, de 21.03.2002, que trata de licenciamento ambiental de sistemas de disposição final de resíduos sólidos urbanos, gerados em município de pequeno porte. Por esta Resolução, o órgão licenciador pode dispensar o EIA (art. 5º, parágrafo único), realizando-se outro estudo ambiental.

II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhados dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicação.

---

<sup>4</sup> **Negrito** nosso.

<sup>5</sup> A Constituição exige o EIA e seu respectivo relatório (RIMA) quando houver “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente...”.

Aliás, a publicidade deve ser uma constante em todo o procedimento, pois nada mais lógico que o povo participe nesta gestão do bem comum. Trata-se de uma forma de democracia participativa que merece ser incentivada.

A Constituição Federal, tratando do meio ambiente, exige publicidade para o estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV). A Lei 6.938/81, em seu artigo 10, § 1º, também:

“Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação”.<sup>6</sup>

III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;

IV -...

V - Audiência Pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

A participação da sociedade é ressaltada no Princípio 10 da Declaração do Rio/92 (Convenção organizada pela ONU): *“A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos...”*.

---

<sup>6</sup> O Decreto 99.274/90, regulamentando o art.10, § 1º, da Lei 6.938/81, prevê, no § 4º, do art. 17: “Resguardado o sigilo industrial, os pedidos de licenciamento, em qualquer das suas modalidades, sua renovação e a respectiva concessão da licença serão objeto de publicidade resumida, paga pelo interessado, no jornal oficial do Estado e em um periódico de grande circulação, regional ou local, conforme modelo aprovado pelo CONAMA.”.

É de se registrar que dentre os Princípios Ambientais mais significativos encontramos o da publicidade (anteriormente mencionado) e o da participação comunitária.

A Resolução CONAMA 237/97 determina que ao EIA/RIMA “dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas” (art. 3º).

Ela acontece dentro do processo de licenciamento e serve para que a sociedade seja informada sobre o que será feito sobre o meio em que vive, podendo participar e até decidir os destinos da apropriação dos nossos recursos ambientais.

A audiência pública não é obrigatória em todo o processo de licenciamento. Terá vez tão-só quando exista, no licenciamento, EIA/RIMA e, neste, se entenda necessária sua realização<sup>7</sup>.

VI -....

VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;

VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

Necessariamente, por exigência do § 1º do art. 10 da Res. 237, deverá constar, dentre os documentos, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando *“que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para a supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.”*

Caso deferida, a licença se desdobrará em três, como estabelece o artigo 8º da Resolução 237/97:

a) licença prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e

---

<sup>7</sup> A norma que disciplina a audiência pública é a Resolução CONAMA n. 09 de 03 de dezembro de 1987. Pode requerer a audiência, segundo o art. 2º da Res.n. 09, entidades civis, o Ministério Público, ou cinquenta ou mais cidadãos, além evidentemente do órgão público licenciador que determinará sua realização. A sua não realização quando requerida torna inválida a licença (art. 2º, § 2º). Portanto, trata-se a audiência de requisito formal essencial.

condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

b) Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação de empreendimentos ou atividades de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental, e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

c) Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Essas licenças poderão ter concessão sucessiva ou isolada, dependendo da natureza, característica ou fase do empreendimento ou atividade.

Em remate, frise-se o teor do art. 9º da Res. 237, que prevê a obtenção de licenças específicas, dependendo das características do empreendimento ou atividade. Ex: homologação do IBAMA (2º, art. 10 da Lei 6.938/81).

#### **4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA REFERENTE AO LICENCIAMENTO.**

##### **4.a) Legislativa**

A competência nesta área não destoa (e nem poderia) da competência para legislar na área ambiental como um todo.

Compete à União legislar sobre meio ambiente (concorrente com o Estado, art. 24, VI, CF), editando normas gerais (§2º, art. 24, CF). Poderão os Estados concorrentemente e os Municípios (nos termos do art. 30 da CF<sup>8</sup>) legislar sobre o tema, cada um dentro da

---

<sup>8</sup> Suplementar e interesse local.

sua competência e respeitadas as normas gerais editadas pela União (CONAMA, v.g.).

No licenciamento ambiental também é assim. Normas gerais editadas pela União, porém Estados e Municípios podem criar regras de maior proteção, nunca mais liberais.

Suponhamos um município que venha a criar mais um mecanismo de debate popular nos licenciamentos (desde que não contrarie lei federal ou estadual). Nada de irregular existe nesta iniciativa.

#### **b) administrativa (executiva ou implementadora)**

Como bem lembra Paula Bessa Antunes, "...a inexistência de um sistema claramente definido de competências é um dos mais graves problemas da legislação ambiental brasileira e de sua aplicação." (Direito Ambiental, Ed. Lumen Juris, 5ª ed., p. 104.).

Quando da implementação do licenciamento ambiental no Brasil, realmente, esse quadro era complexo. Isto porque pouco existia normativamente sobre competência para licenciar.

Daí conflitos vários por motivos diversos eram verificados. Os Estados, que saíram na frente com as agências licenciadoras, quando perceberam a organização e intuito de alguns entes municipais para exercerem a função de licenciar, se opuseram, criando inúmeros conflitos e incertezas para todos os envolvidos. O próprio empreendedor de boa fé, pretendendo exercer sua atividade regularmente, ficava (e muitas vezes ainda fica) sem saber a quem procurar.

Hoje ainda existe complexidade, contudo, a tendência é de pacificação, caso o intérprete volte os olhos para o sistema constitucional, associando-o a Resolução 237/97 do CONAMA. Isto porque a Constituição Federal, no seu artigo 23, VI, estipula que é competência comum de todos os entes federativos zelar e proteger o meio ambiente.

Ora, é dessa norma que se extrai a competência administrativa e é desta competência que advém o poder de polícia administrativo para exercer o licenciamento.

Assim, a primeira regra no campo do licenciamento ambiental é que constitucionalmente todos os entes federativos possuem competência administrativa comum para licenciar.

Essa regra aliada à autonomia dos entes federados (art. 18 CF), exige que se encontre um critério para dividir competência, pois seria contraproducente que todos os entes federativos tenham competência em todos os casos, e três licenciamentos sejam feitos, como se defende na doutrina (Milaré, ob. cit.).

Daí porque o critério utilizado pela Resolução CONAMA 237/97 para dirimir a competência merece ser prestigiado. Conforme se percebe pela leitura da citada Resolução, o CONAMA fixou que o raio de influência direto do dano é que gera a preponderância do interesse do ente federativo.

Quando assim decidiu o CONAMA, nada mais fez do que prestigiar o Princípio da Preponderância de Interesses utilizado pelo constituinte em nosso sistema federativo.

Assim, a área de influência direta do empreendimento é que indicará o interesse gerador da fixação da competência, traçando-se uma identificação da competência licenciadora com a competência jurisdicional (local do dano)<sup>9</sup>.

O critério do preponderante interesse dirimirá a competência, restando o licenciamento:

- a) federal (art. 4º, Resolução 237) para o impacto de âmbito nacional (aquele que afeta todo o país) regional (aquele que afeta diretamente, no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados);
- b) estadual (art. 5º, Resolução 237), para os interesses microrregionais, isto é, mais de um município;
- c) municipal (art. 6º, Resolução 237), para o interesse preponderantemente local, geralmente dentro do município.

Algumas observações:

- 1) A Res. 237/97 do CONAMA viabiliza a intervenção dos outros entes federativos, mas

---

<sup>9</sup> Conforme nosso "Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental", Ed. Forense Universitária, 2ª ed.

seus pareceres não têm força vinculante junto ao competente órgão licenciador.

2) O critério adotado pelo CONAMA, por intermédio da Resolução 237/97, por vezes, pode colidir com normas que estabelecem, sem qualquer critério, a competência a este ou aquele ente federativo em situação de preponderância de uma pessoa jurídica de direito público sobre outra, como por exemplo, o artigo 2º da Resolução CONAMA n. 001/86, quando define estarem os empreendimentos elencados em seu art. 2º sob a competência licenciadora do “...*órgão estadual e do IBAMA em caráter supletivo*”. A colisão é evidente, pois, se o impacto da atividade for meramente local, como é passível de acontecer, por exemplo, com a construção de um aterro sanitário, (art. 2º, X, Res. 001/86), nada justifica que o processo de licenciamento tramite no órgão do Estado. Afinal, um aterro sanitário não necessariamente acarreta dano em mais de um município (geralmente o impacto é local).

Neste exemplo, para não afrontar o art. 18 da Constituição Federal (autonomia), considerando que a competência é comum, o órgão competente para licenciar é o municipal.

3) Não importa se o empreendimento ou atividade está localizado apenas num município ou Estado, o raio direto de influência denota a preponderância de interesse. Assim, *verbi gratia*, a atividade exercida apenas no município de São Paulo, capital, em área de proteção aos mananciais hídricos, não pode ser entendida de interesse local, pois o raio de influência é metropolitano (a água serve a toda região metropolitana).

4) Os entes federados, para exercerem suas competências para licenciar deverão ter

implementado os Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, possuir em seus quadros ou a sua disposição, profissionais legalmente habilitados (cf. art. 20, Resolução. 237/97).

Essa exigência é salutar, pois gera a incorporação qualificada principalmente dos Municípios ao Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA (art. 6º da Lei Federal 6.938/81).

Isso não quer dizer que os outros entes federados não serão ouvidos no processo de licenciamento. Serão sim, mas o licenciamento será um só, sob a responsabilidade de apenas uma pessoa jurídica de direito público, como inclusive determina o artigo 7º da Resolução CONAMA 237/97.

Frise-se que não se desconhece posicionamento no sentido da inconstitucionalidade do artigo 7º supra, sob o argumento de que sendo a competência comum (C.F., artigo 23, VI.), os três entes poderiam exercer em conjunto a atribuição de licenciar.

Ocorre que não nos parece que dirimir dentre os competentes o competente pelo critério do raio de influência seja equivocado. Mesmo porque regras de competência servem mesmo para isso: dirimir dentre os competentes quem exercerá exclusivamente a competência. É assim com a prevenção no processo judicial. *A priori* todos os juízes são competentes, mas regra legal torna apenas um responsável pelo processo.

*Mutatis Mutandis*, o mesmo acontece aqui, com o cuidado que os outros entes federativos serão ouvidos<sup>10</sup>, juntando documentos, pareceres e informações, sem embargo de alguma licença específica (art. 9º da Res. 237/97) que ainda pode ser necessária.

O assunto não é pacífico e a falta da Lei Complementar mencionada no parágrafo único do artigo 23, da Constituição Federal, deixa a situação sem definição precisa.

---

<sup>10</sup> Resolução CONAMA 237/97: § 1º, art. 4º; parágrafo único do artigo 5º, e art. 6º *caput*.

Por derradeiro, ainda quanto a competência, registre-se a possibilidade de delegação que a Resolução 237/97 traz do IBAMA para o Estado e deste para o Município (respectivamente, § 2º, art. 4º e art. 6º).

## **5. DIFERENÇA ENTRE O LICENCIAMENTO E O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) E SEU RESPECTIVO RELATÓRIO (RIMA)**

Não se pode confundir EIA/RIMA com o licenciamento. A Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, IV, refere-se ao estudo de impacto ambiental (EIA), sendo ele exigido *em caso de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental*. É o EIA apenas fase do processo de licenciamento. Pode existir ou não como uma das fases do processo de licenciamento (um dos estudos).

Sem dúvida, entretanto, dentre os estudos ambientais inseridos no licenciamento ambiental, destaca-se o EIA/RIMA como o mais detalhado. Este importante instrumento deve ser prévio, como determina a Constituição (art. 225, § 1º, IV).

Existe Resolução CONAMA, a de n.001/86, que traz as hipóteses de licenciamento nos quais o EIA/RIMA é necessário. Nestes casos, a potencialidade e a significativa degradação ambiental, estão reconhecidas na própria norma. Contempla a Resolução n. 001/86:

- I - estradas de rodagem com 2 (duas) ou mais faixas de rolamento;
- II - ferrovias
- III - portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos;
- IV...

Esse rol, entretanto, não é taxativo, mas sim exemplificativo, pois a sobredita Resolução usa a expressão “tais como”, o que denota tal desiderato legislativo. Tanto isso é verdade que a Lei Instituidora do Plano Nacional do Gerenciamento Costeiro (Lei Federal n. 7.661/88) prevê, no seu artigo 6º, § 2º, EIA/RIMA no licenciamento no parcelamento do solo, sendo certo ainda que outros casos podem

ser exigidos pela Administração e até judicialmente (ação civil pública ou ação popular, por exemplo<sup>11</sup>).

## 6. NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL

A localização da natureza jurídica da licença ambiental exige análise precedente dos institutos do Direito Administrativo: “autorização” e “licença”, pois a partir do estudo desses tradicionais modelos de concessão por parte da Administração é que se poderá chegar a essência jurídica da ainda novel licença ambiental.

Descobrir a verdadeira natureza jurídica deste ato liberatório da atividade é de suma importância, tendo em vista que, conforme a conclusão, reflexos jurídicos serão observados num ou noutro sentido, vale dizer, se o órgão competente (1) pode ou não recusar a licença, em quais circunstâncias essa recusa pode ocorrer; o tempo de duração; (2) se pode haver cancelamento unilateral por parte da Administração; (3) as formas e condições desse cancelamento; (4) suas conseqüências jurídicas; enfim da conclusão se estamos diante de autorização ou licença, dependerão efeitos no mundo jurídico e até maior ou menor possibilidade de proteção ambiental.

### 6.1. Autorizações e Licenças no Direito Administrativo

Como se sabe *“autorização é ato administrativo e precário, mediante o qual a autoridade competente faculta ao administrado, em casos concretos, o exercício ou a aquisição de um direito, em outras circunstâncias, sem tal pronunciamento, proibido.”*<sup>12</sup>

Na autorização há discricionariedade, deferindo a Administração Pública a concessão dentro de um juízo de conveniência e oportunidade, não possuindo o interessado direito algum de concessão, mas sim mero interesse.

---

<sup>11</sup> Basta demonstrar o que a Constituição Federal exige: “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental”. Mesmo que o órgão licenciador o dispense, o estudo pode ser obtido por decisão judicial.

<sup>12</sup> José Cretella Júnior. Manual de direito administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 239.

Já por licença entende-se ato vinculado e definitivo, estando a Administração obrigada a deferir o pleito do particular quando este preencher todos os requisitos para o exercício da atividade. Nesta (licença), não há discricionariedade ou conveniência e oportunidade do órgão licenciador. Obstado o direito líquido e certo de alguém de obtê-la, há possibilidade de sanar a ilegalidade via mandado de segurança. O direito de construir é um exemplo.

Uma envolve direito (licença). A outra mera pretensão ao talante da Administração Pública que analisará subjetivamente se é oportuno e conveniente deferir o pedido, havendo margem de liberdade de decisão não verificada na primeira. Exemplo: uso especial de bem público, como a instalação de quiosques em áreas verdes de parcelamento de solo urbano, autorização para fabricação de munícipio, etc.

A autorização por ser precária não gera direito subjetivo à obtenção ou continuidade da atividade, daí porque a Administração pode negá-la ou cassar o alvará a qualquer momento sem indenização alguma, enquanto a licença resulta de um direito subjetivo do interessado e, uma vez expedida, traz presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegitimidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização.

Em poucas palavras: “A autorização é ato constitutivo e a licença é ato declaratório de direito preexistente” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro). A autorização advém de (1) uma decisão discricionária, (2) não tem o interessado direito subjetivo se preencher os requisitos legais, (3) é precária, e, portanto, se cassada, (4) não gera direito a indenização<sup>13</sup>. A licença é (1) ato vinculado, (2) possui o interessado direito subjetivo de obtê-la, se preenchidos os requisitos legais, (3) é definitiva, e, se cassada, viabiliza indenização.

Pois bem. Diante dessas características e frente ao disciplinamento legal, discussão acirrada na doutrina adveio por

---

<sup>13</sup> A não ser que condicionada, teve o beneficiado que agregar patrimônio não existente. Neste caso haverá ressarcimento, sob pena de locupletamento ilícito por parte da Administração.

conta do surgimento da denominada licença ambiental: uns a enquadram no conceito de autorização (Paulo Affonso Leme Machado)<sup>14</sup>. Outros como licença (Daniel Roberto Fink)<sup>15</sup>.

A nosso ver, o licenciamento ambiental é *sui generis*. Para defini-lo há que se abandonar a idéia clássica desses dois conceitos acima.

Em primeiro lugar, como já tivemos oportunidade de defender alhures<sup>16</sup>, impossível deixar de reconhecer certa reserva discricionária para Administração Pública no processo licenciatório, havendo margem de liberdade, quando menos técnica, na escolha de uma dentre as múltiplas alternativas legais, com opção, a juízo do licenciador, de qual a mais vantajosa

Comentando sobre o assunto Édis Milaré obtempera “...as normas ambientais são, por vezes, muito genéricas, não estabelecendo, via de regra, padrões específicos e determinados para esta ou aquela atividade. Nestes casos, o vazio da norma legal é geralmente preenchido por exame técnico apropriado, ou seja, pela chamada discricionariedade técnica, deferida à autoridade.”<sup>17</sup>

Essa liberdade administrativa em contraposição ao proceder retilíneo do ato vinculado exacerba quando no licenciamento ambiental existe o estudo de impacto, porquanto, nele, a amplitude dos aspectos enfocados enseja maior exame discricionário sobre temas inerentes ao estudo, como por exemplo, impactos positivos e negativos, benefícios sociais, e outros que mais adentram na conveniência e oportunidade social da implementação do empreendimento ou atividade do que sobre um mero juízo de preenchimento de requisitos legais preenchidos.

---

<sup>14</sup> Direito Ambiental Brasileiro, Malheiros, 5ª ed.

<sup>15</sup> Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental, Forense Universitária, 2ª ed.

<sup>16</sup> Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental, Forense Universitária, 2ª ed., p. 62.

<sup>17</sup> Direito do Ambiente, 3ª ed., p. 483. Odete Medauar registra ser freqüente na doutrina italiana a referência à “discricionariedade técnica”, definindo-a como “...a escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes de conhecimentos especializados - técnicos ou científicos...”, sendo cabível referida escolha quando existirem “...alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para o direito, que justificam a escolha...” (Direito Administrativo Moderno, RT, 1996, p. 125).

Não por outro motivo, há quem classifique como “autorização” ambiental o ato administrativo concessivo. Quem assim sustenta se vale ainda da alegação de precariedade, argumentando que o § 1º do artigo 10 da Lei 6.938/81 exige renovação para prosseguir com a atividade ou empreendimento. Nesse sentido, temos parecer do ilustre Procurador de Justiça de São Paulo, José Emmanuel Burle Filho, acolhido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado (Ação Rescisória 178.554-1/6)<sup>18</sup>

Nos parece, entretanto, como já frisado acima que estamos sim diante de uma licença.

Licença essa não exatamente nos moldes tradicionais, com a definitividade *ad infinitum* ou a vinculação rígida, mesmo porque não se está aqui diante do Direito Administrativo, mas sim utilizando-se, por empréstimo, seus conceitos para esse novo ramo: o Direito Ambiental, com suas peculiaridades modeladoras de uma nova concepção de relação jurídica na qual de um lado se tem o empreendedor interessado em exercer a atividade. Do outro, o bem ambiental a ser apropriado de forma justificada, prestigiando o Desenvolvimento Sustentado a que faz praça inclusive nossa Constituição Federal (art. 170, VI).

Dentro dessa ótica a definitividade existe. Deve ser considerada sua existência, porém, com prazos pré-fixados (art. 18, da Res. 237/97). Assim, pelo tempo de validade da licença, não há falar em precariedade. Tem direito o empreendedor a exercer sua atividade naquele período. Possui o empreendedor estabilidade que impede discricionária revogação. O ato só poderá ser revisto, dentro do período de estabilidade, se o interesse público determinar.

O fato de existir renovação não conflita com a definitividade do período concedido, mesmo porque permanece o direito subjetivo do interessado diante do preenchimento, na lei, de todos os requisitos.

Por outro lado, não será a parte discricionária desse complexo procedimento que o revestirá por inteiro como ato sujeito a conveniência e oportunidade da Administração. A Lei 6.938/81, na

---

<sup>18</sup> Revista *Justitia*, vol. 166. No parecer acolhido, defende-se que “...a licença em tela tem natureza jurídica de autorização...”.

verdade, trouxe instituto mais maleável, mas ainda assim sob a natureza jurídica de licença.

Essa flexibilização é permitida quando nos apoiamos na moderna doutrina que defende a existência de atos preponderantemente discricionários ou vinculados e não mais na classificação rígida de todos os atos somente e inteiramente discricionários ou vinculados (posição adotada por Odete Medaur<sup>19</sup>).

Esse é o posicionamento de Édis Milaré que admite o ato como licença, com essa preponderância vinculada, apesar de restar à Administração certo juízo de valor sobre a compatibilidade do empreendimento ou atividade a planos e programas de governo, vantagens e desvantagens para o meio, etc. (atividade discricionária residual). Ensina Milaré que “...*fundamentalmente a capacidade decisória da Administração resume-se ao reconhecimento formal de que os requisitos ambientais para o exercício do direito de propriedade estão preenchidos.*” (ob. cit.).

Bem verdade que, na prática, o direito subjetivo do interessado ficará dependente de um juízo técnico quanto ao bem-estar da população. Não poderia ser diferente frente aos objetivos estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente: preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à proteção da dignidade da vida humana (art. 2º da Lei 6.938/81), ou diante dos fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil: cidadania, dignidade da pessoa humana, promoção do bem comum e prevalência dos direitos humanos<sup>20</sup>; não seria tolerável empreendimentos ou atividades extremamente perniciosos à sociedade tão-só pela constatação formal do preenchimento de todas as exigências legais, mesmo porque seria duvidoso que “as exigências legais” estariam satisfeitas quando existisse quadro de degradação extrema (ou risco para tanto).

---

<sup>19</sup> “A doutrina contemporânea vem afirmando que, no geral, no cotidiano das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura; daí ser insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário.” (Direito Administrativo Moderno, 6ª ed., Ed. RT).

<sup>20</sup> Artigos 2º, 3º e 4º da Constituição Federal.

Em suma, a licença ambiental difere nos seguintes aspectos da tradicional: 1) Possui fases (Prévia, Instalação e Operação). 2) É preponderantemente vinculada, mas possui parte discricionária (mormente a técnica). 3) Possui estabilidade temporal e não definitividade, nos moldes do Direito Administrativo. Pode não ser renovada.

## **7) ALGUNS AVANÇOS LEGISLATIVOS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

Não faz muito tempo o empreendedor ingressava com seu projeto com a finalidade de licenciamento e esbarrava na falta de estrutura e na burocracia do Poder Público. Tal quadro a ninguém interessava. O desenvolvimento econômico sustentado era inviabilizado. Ficava o interessado sem poder empreender e o meio ambiente, por vezes, desprotegido, pois as intervenções acabavam, muitas vezes, por acontecer sem os cuidados necessários.

Em São Paulo, o Ministério Público chegou a acionar o Estado para colocar em apreciação e julgamento inúmeros licenciamentos e Planos de Recuperação de Áreas Degradadas (na área de mineração) que estavam paralisados ou tramitando insatisfatoriamente (a passos de cágado).

Com o advento da Resolução 237/97 do CONAMA a situação tende a não se repetir. Isto porque referida norma criou prazos para análise das licenças.

O artigo 14 da referida Resolução CONAMA dá poderes aos órgãos licenciadores para fixação de prazos, mas estabelece o prazo fatal de seis meses para o término do procedimento de licenciamento, sem EIA RIMA, e o dobro na hipótese deste Estudo ser realizado.

Note-se que mesmo em caso de incidente ocasionado pela necessidade de esclarecimentos, o art. 15 prevê, como prazo máximo, quatro meses de suspensão do processo. Eventual prorrogação desse prazo somente será possível com a concordância das partes (parágrafo único, art. 15).

A conseqüência da desídia encontra-se no artigo 16: ensejará o licenciamento por órgão que detenha competência supletiva. No caso de desídia do interessado, o desfecho do procedimento será o arquivo, com direito a renovação do pedido (art. 17), arcando com os custos novamente.

## 7.1) Prazo de validade das licenças

A Resolução 237/97 estabeleceu prazos de validade para cada tipo de licença (art. 18), regulamentando a Lei 6.938/81, que havia deixado claro que a renovação da licença era necessária (art. 9º, IV c.c. art. 10, § 1º).

Assim, a Licença Prévia não poderá ser superior a cinco anos, a de Instalação seis e a de Operação de quatro a dez, havendo disciplinamento detalhado nos §§ do artigo 18 acerca de prorrogações, prazos de validade específicos, aumento ou diminuição de prazos já estabelecidos, e renovação das licenças, conforme requisitos previstos nestes dispositivos.

## 7.2. Alteração e retirada das licenças

A licença ambiental, como dito, gera estabilidade temporal e não direito adquirido sem prazo final.

Tem o empreendedor direito adquirido ao exercício naquele período a exercer sua atividade, desde que não se constate as hipóteses previstas no artigo 19 da Resolução 237/97, a saber:

*I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.*

*II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.*

*III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.*

Os dois primeiros casos acima encerram equívoco ou dolo na concessão. O último pauta-se exclusivamente no interesse público, deixando implícito que meros impactos já calculados não possibilitam a intervenção, a não ser que tais impactos caracterizem potencialmente risco de caracterização futura do inciso III.

A Administração Pública, mesmo fora destas hipóteses, poderá revogar a licença, sempre que motivadamente sustente existir interesse público. A Administração pode revogar seus atos, com os reflexos a serem vistos a seguir.

### **7.3. Direito a indenização**

Fosse autorização, por ser precária, não haveria indenização.

É licença, entretanto, daí resulta indenização se durante a vigência da licença houver revogação. Não há direito a indenização para negativa de renovação, pois o particular sabia de antemão que não havia certeza da continuidade da concessão. Também não nos parece cabível indenização se o particular deu causa nos casos dos incisos I e II do artigo 19 há pouco examinado. Por sinal poderá ele ter praticado crime.

Ressalte-se, todavia, que se de boa-fé o particular, dentro do período da licença, teve sua licença revogada, a indenização é devida, sob pena de caracterizar confisco ou locupletamento ilícito, deixando a Administração indene em situação para a qual o empreendedor cumpria as regras estabelecidas e foi prejudicado. Nesse sentido a doutrina é quase uníssona, chegando Celso Antônio Bandeira de Mello a falar em expropriação e não em simples indenização após a revogação<sup>21</sup>.

### **7.4. Direito adquirido diante de empreendimentos já licenciados**

A preocupação ambiental ainda é recente no Brasil. A legislação ambiental encontrou fatos consolidados. Os exauridos, isto é, que produziram todos os seus efeitos, evidentemente não poderão ser atingidos pela lei nova.

Situação diferente, entretanto, se dá com os que ainda não se realizaram ou que estão se realizando. Sobre estes a incidência da norma ambiental é imediata, pois norma de ordem pública.

Assim, ninguém pode alegar licença pretérita para poluir. Ninguém tem direito adquirido para degradar o meio ambiente, mesmo porque essa degradação é contínua e já encontra lei nova que não a permite.

Portanto, a licença ambiental para aqueles que ainda não a utilizaram fica desconforme com a nova norma e não autoriza mais o empreendimento.

---

<sup>21</sup> Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 2001, p. 193.

Já aqueles que possuem licença em andamento quando da nova lei, deverão se enquadrar, não existindo direito adquirido para aos atos futuros, apenas para os atos passados.

Nesse sentido Édis Milaré ensina que *“respeitadas as garantias constitucionais, é possível exigir a correção do licenciamento daquele que já o fez, como daquele que não o fez, sob pena de se consentir com a poluição e a degradação em detrimento do direito de todos a um ambiente ecologicamente equilibrado.”* (ob. cit.).

Aliás, Édis lembra que existe o Decreto n. 4.340, de 22.08.2002, que impõe aos empreendimentos já implantados e em operação, sem as respectivas licenças ambientais, a obrigação de requerer, no prazo de doze meses a partir da publicação, a regularização junto ao órgão ambiental competente, mediante licença de operação corretiva ou retificadora.

Por oportuno, constitui crime, nos termos do art. 60 da Lei 9.605/98, a falta de licença ambiental.

## **8. LICENCIAMENTO AMBIENTAL ESPECIAL**

Todo o procedimento estabelecido anteriormente se dá para as licenças em geral. Porém, várias Resoluções CONAMA passaram a prever, para alguns tipos de atividades, procedimento próprio de licenciamento.

As regras gerais levam ao processamento licenciatório dito ordinário. Essencialmente tratam do licenciamento ordinário a Lei 6.938/81, o Decreto 99.274/90 e as Resoluções 001/86 e 237/97, sobretudo esta última.

Contudo, essas regras não foram suficientes para casos específicos que pela natureza, porte, localização, enfim especificidades, precisavam de regulamentação própria para gerar a proteção necessária ao meio ambiente.

A adoção de Resoluções específicas se constituiu no caminho encontrado para disciplinar questões merecedoras de tratamento realmente diferenciado. Importante notar, todavia, que o processo de licenciamento ordinário, disciplinado, sobretudo, pela Resolução 237/97, é de aplicação subsidiária para todos os licenciamentos especiais, sendo ainda de se observar que as regras gerais estabelecidas para o licenciamento ordinário deverão sempre ser

observadas seja qual for o licenciamento. Assim, um licenciamento pode ser simplificado, porém nunca abandonar suas três fases obrigatórias ou a necessária publicidade de seus atos.

Sem a pretensão de analisar um a um os processos de licenciamento especiais, registre-se a existência de várias Resoluções CONAMA que disciplinam de forma diferenciada o licenciamento: 1) Resolução 006/87, tratando de obras de grande porte. 2) Resolução 005/88, tratando de obras de saneamento. 3) Resolução 006/88, tratando de resíduos industriais. 4) Resoluções 009/90 e 010/90, tratando da atividade de mineração. 5) Resolução 023/94, tratando de exploração e produção de petróleo. 6) Resolução 010/96, tratando de empreendimentos em praias de tartarugas marinhas. 7) Resolução 264/99, tratando de co-processamento de resíduos em fornos de clínquer. 8) Resolução 273/2000, tratando de revenda de combustíveis. 9) Resolução 284/2001, tratando de empreendimentos de irrigação. 10) Resolução 286/2001, tratando de empreendimentos nas regiões endêmicas de malária. 11) Resolução 289/2001, tratando de assentamentos de reforma agrária. 12) Resolução 305/2002, tratando de organismos geneticamente modificados. 13) Resolução 308/2002, tratando de resíduos sólidos urbanos em municípios de pequeno porte. Resolução 312/2002, tratando de carcinicultura em zona costeira. 14) Resolução 316/2002, tratando de sistema de tratamento térmico de resíduos. 15) Resolução 335/2003, tratando de cemitérios.

Essa especificidade no processo licenciatório é perfeitamente cabível juridicamente. A própria Resolução 237/97 destacou que o CONAMA poderia editar normas específicas, tendentes a otimizar o procedimento licenciatório de determinadas atividades. Foi o que se fez e vem se fazendo.

Por fim, registre-se que Estados e Municípios também podem disciplinar o licenciamento de atividades e empreendimentos no sentido de aperfeiçoar o sistema, nunca em desfavor do meio ambiente, mas sim tornando mais céleres e eficientes as normas gerais estabelecidas, pois, como já frisado, a competência legislativa desses entes é, respectivamente concorrente e suplementar<sup>22</sup>.

(\*)3º Promotor de Justiça do Meio Ambiente da Capital – SP. Mestre em Direito Ambiental - Assessor do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo

---

<sup>22</sup> Suplementar ou para disciplinar assunto de interesse local (art. 30, CF).

# A IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE ATRAVÉS DA ATUAÇÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL<sup>1 2</sup>

*Julival Pires Rebouças Neto\**

Em princípio, assente-se que avulta a importância da atuação ministerial de acordo com as premissas da efetividade processual, em virtude da nova sistemática conferida pela Constituição da República.

Diante das suas atribuições legais e constitucionais, o Ministério Público pode e deve contribuir para a consecução e consolidação do acesso pleno e irrestrito à ordem jurídica justa.

A assistência jurídica aos mais necessitados pelo Ministério Público é um notável canal de “*acesso à ordem jurídica justa*”, na medida em que reduz as desigualdades econômicas, sociais, culturais e regionais, suprindo a lacuna da Defensoria Pública em determinadas comarcas.

Em consonância com a assertiva supra, vale destacar pensamento de Antônio Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior citados por Hugo Nigro Mazzilli:

*“Se ao processo, genericamente considerado, se atribui inegável caráter político, é fácil constatar que o poder de ajuizar essas ações faz do Ministério Público uma instituição sensivelmente dotada de função política. O exercício dessa função será*

---

<sup>1</sup> Fragmento da monografia “Princípio da efetividade e o Ministério Público” apresentada no Curso de Especialização do Podivm e das Faculdades Jorge Amado, concluído em julho de 2003, Salvador – Bahia.

<sup>2</sup> Dedico aos amigos Promotores de Justiça do MP/SE Félix e Juliana Carballal pela inspiração e a Lúvia Prado pela decisiva colaboração e revisão final da monografia dantes citada.

*mais profundo à medida que interferir mais efetiva e intensamente na realidade brasileira. E, embora na defesa da sociedade, a instituição atue em áreas de interesse da população em geral, parece claro que sua ação deva atingir, sobretudo, os interesses das parcelas excluídas do acesso à Justiça, em causas que propiciem melhoria na qualidade de vida desse contingente mais desassistido. [...].”*  
[grifamos] <sup>3</sup>

Importante manifestação da atividade extrajudicial do MP é o eficaz e rotineiro atendimento ao público.

Acrescente-se que o atendimento ao público propicia a concretização do zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços públicos aos direitos e garantias preconizados na CR, em específico nos arts. 5º e 7º, que tratam respectivamente dos direitos e deveres individuais e coletivos e dos direitos sociais, na medida em que democratiza o “acesso à ordem jurídica justa”.

Ademais, o atendimento ao público favorece a composição de interesses *inter volentes*, em que o Ministério Público exerce a chamada administração pública dos interesses privados, como v.g., o referendo de acordos extrajudiciais e o compromisso de ajustamento de conduta, segundo a lei n.º 7.347/85.

Marinoni<sup>4</sup> concedeu justo destaque ao atendimento público pelo Ministério Público:

*“O Ministério Público exerce papel relevante no plano extrajudicial, escutando e atendendo ao público e, ainda, atuando como agente de conciliação, ao estimular e aprovar acordos extrajudiciais. O trabalho das chamadas “Promotorias do Consumidor”, por exemplo, ao fazer surgir acordos, tem grande*

---

<sup>3</sup> Mazzilli, Hugo Nigro. O acesso à Justiça e o Ministério Público. p. 73

<sup>4</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, p. 105.

*importância para a acomodação dos conflitos que surgem no cotidiano do consumidor. O atendimento ao público é fundamental para o correto exercício das funções conferidas à Instituição, principalmente no casos como o do acesso da criança e do adolescente ao Ministério Público ( artigo 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Através dessa função, de fato, os Promotores de Justiça podem tornar-se muito úteis à comunidade. Atendendo ao público, o Ministério Público pode tomar conhecimento de muitos fatos que não chegam à polícia ou a outros órgãos, ou que por eles não são devidamente apurados”.*

Saliente-se que cabe ao órgão ministerial consolidar parcerias com empresas de comunicação de massa, em especial, rádios difusoras, que alcança os diversos quadrantes deste país, visando proceder a informação e orientação da população em geral acerca dos seus direitos e garantias legais e constitucionais.

No decorrer das suas participações no rádio, recomenda-se ao promotor de justiça incentivar a investidura de feitos coletivos em nome da celeridade e economia processuais.

Dentre as atividades extrajudiciais, realça-se a necessidade de realização de palestras educativas no interior de escolas públicas pelos promotores de justiça ou pessoa de notório saber na sua área de atuação sobre os mais diversos temas: direitos do consumidor, meio ambiente, educação , saúde etc .

Ressalte-se que toda atuação ministerial é finalística, defendendo interesses de pessoas, de grupos de pessoas ou de toda a sociedade como agente ou interveniente nas hipóteses elencadas no art. 82 e incisos do CPC.

A par disto, merece destaque a atuação do órgão ministerial no processo civil, considerado de per si, sob a égide da efetividade processual.

É cediço que a atuação ministerial embasada na dogmática conservadora, prejudica o andamento do feito e por via de consequência, retarda o alcance da prestação jurisdicional célere, justa e efetiva.

Certamente que a atuação ministerial burocrática causa visíveis embaraços ao bom andamento do feito e, em última análise, à efetividade. Daí porque é preciso mudar a atitude dos membros do *Parquet* também no curso do processo e não somente na atividade extrajudicial.

Adverte-se que a assertiva supra não visa obter a aceleração processual a qualquer custo, afastando por completo a segurança jurídica. Almeja-se chamar a atenção dos órgãos ministeriais para a necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade em caso de divergência entre os princípios da celeridade e da segurança jurídica durante o trâmite processual, como dantes afirmado.

Cândido Rangel Dinamarco sugere medidas aceleratórias do procedimento com observância dos princípios supra delineados:

*“São exemplos de meios aceleratórios do procedimento: a) os prazos aceleratórios, impostos para que os atos das partes e do juiz não possam retardar-se além de um tempo razoavelmente dimensionado pelo legislador (p.ex., o prazo de quinze dias para responder à inicial); b) as preclusões em geral, definidas como perda da faculdade de realizar atos, entre as quais as que decorrem da inobservância de prazos (preclusão temporal); c) a coisa julgada formal (preclusão máxima), que impede a eternização de recursos contra a sentença; d) as medidas antecipatórias, entre as quais as cautelares, a tutela antecipada e a execução provisória – todas destinadas a evitar a corrosão da tutela jurisdicional pelos males decorrentes do tempo; e) a instituição de um elenco grande de títulos executivos extrajudiciais e do novo processo monitorio brasileiro, tendentes a produzir a tutela jurisdicional efetiva independentemente da realização do processo de conhecimento; etc”<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> Dinamarco, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, pp.141-142

Os membros do *Parquet* devem desenvolver **visão social**, buscando enxergar *extra e supra* as folhas amareladas e empoeiradas de um processo, partindo da premissa que este tem vida. Em outras palavras, deve imperar a idéia que todo e qualquer processo revela a síntese de conflitos de interesses humanos e destarte, merece respeito.

Disto isto, convém atentar para a inconveniência de cotas ministeriais protelatórias e burocratizantes, motivadas por uma série de fatores, desde despreparo técnico-científico até a falta de motivação para pensar e emitir um parecer de mérito.

É mister estabelecer critérios racionais para obtenção da prova, priorizando a celeridade e substituindo a espécie de prova, caso necessário, como v.g: numa ação de alvará judicial, o promotor de justiça entende necessária a juntada de certidão de dependentes do falecido, fornecida pelo INSS, e este órgão se encontra em greve, então, substitui-se tal prova documental pela juntada de declarações neste sentido, sem se descuidar da segurança jurídica, repita-se.

Urge proceder a simplificação do procedimento, notadamente nas ações de divórcio e separação consensual e mesmo de alimentos, havendo uma relação de confiança entre os operadores jurídicos é possível a dispensa de audiência e a adoção do julgamento antecipado da lide [art. 330, I do CPC] quando o próprio advogado/defensor público colhe a prova oral com as cautelas de lei em seu gabinete e após, promove a juntada concomitante com os documentos indispensáveis à propositura da ação á luz do disposto no art. 282 do diploma legal aludido .

Ato contínuo, o escrivão ou chefe de secretaria [conforme art.162, parágrafo 4.º do CPC] encaminha os autos ao Promotor de Justiça para parecer de mérito e em seguida, os autos seguirão conclusos para sentença.

Ora, a designação de audiência gera o retardamento, em virtude da participação de escrivão/chefe de secretaria, oficial de Justiça, dentre outros e destarte, aumenta o custo do processo e a medida acima, de cunho prático, tem o condão de abreviar o curso processual e ao mesmo tempo, render homenagens à efetividade processual.

Acrescente-se que o propósito de concentração de atos processuais em audiência deve nortear a atuação ministerial e a

prolação de parecer oral há de se constituir a regra, dependendo sempre das circunstâncias do caso concreto.

Por óbvio que medidas deste jaez podem ser implantadas, desde que haja um mínimo de bom senso aliado à criatividade e elevada visão social por parte dos operadores do direito, em especial, dos órgãos ministeriais.

Acrescente-se que a utilização dos recursos tecnológicos, em específico a informática, é de suma importância para a efetividade, sendo de bom alvitre, adotar a interligação em rede de todas as promotorias do Estado, com acesso ilimitado a *Internet*, como forma de integração e troca de experiência entre os diversos membros do *Parquet*.

No âmbito dos juzados especiais, a intervenção do Ministério Público assume evidente relevância, em se considerando a experiência adquirida com a solução dos conflitos no atendimento ao público extrajudicial.

Em síntese, o fluxo de medidas tendentes à consecução da efetividade passa necessariamente pela mudança de paradigmas dos membros do *Parquet*, que devem romper a barreira do anacronismo e do apego à dogmática conservadora e adotar ferramentas como criatividade, simplicidade, pragmatismo e espírito empreendedor.

Por fim, transcrevemos as célebres palavras de Lee Kuan Yew para reflexão: *“Permanecer como está é estagnar e estagnar é ser superado. Devemos buscar incessantemente um desempenho cada vez superior”*.

(<sup>o</sup>) Promotor de Justiça do MP/SE e Especialista em Direito Processual Civil

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Airton Buzzo, et al. **Funções Institucionais do Ministério Público**. – São Paulo: Editora Saraiva , 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos . **Poderes Instrutórios do Juiz** . 3.<sup>a</sup> ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais , 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo**. 2.<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Editora Malheiros , 2001.
- CARDOSO, Antônio Pessoa. Revista Consulex, ano VI , n.º 122, 15.02.02
- DINAMARCO, Cândido Rangel . **Instituições de Direito Processual Civil** . v. I, – São Paulo: Editora Malheiros , 2001.
- \_\_\_\_\_. **A Instrumentalidade do Processo** . 11.<sup>a</sup> edição, ver. e atual. – São Paulo: Editora Malheiros , 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **O Ministério Público interveniente (‘custos legis’) e a possibilidade de pleitear a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo**.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo** . 17.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Malheiros , 2001.
- LIMA, George Marmelstein. **Pela racionalidade dos expedientes forenses: o máximo de resultados com o mínimo de atos processuais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 186, 8 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4665>> Acesso em 18 jan. 2004.
- LIMA , Maurício. Artigo: **À Espera de Justiça**, Revista Veja, Editora Abril – edição 1836, ano 37- n.º 02, 14.01.04.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa . **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro** , 2.ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- MARINONI , Luiz Guilherme . **Novas linhas do Processo Civil** . 4.<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros , 2000.
- \_\_\_\_\_. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5.<sup>a</sup> ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais , 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro . **O Acesso à Justiça e o Ministério Público** . 4.<sup>a</sup> edição ver., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Ministério Público** . – São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Regime Jurídico do Ministério Público** . 5.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar . **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro** – São Paulo : Editora Malheiros.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 7.ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais , 2002.

# A INCIDÊNCIA ANALÓGICA DO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO ÀS MULTAS FISCAIS

Lícia Alcântara Machado (\*)

O Estado, segundo Dalmo de Abreu Dallari,<sup>1</sup> citado por Paulo César Baria de Castilho, é “[...] ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo em determinado território.” Assim, é através do poder que o Estado detém sobre seus cidadãos, conhecido como soberania, que lhe é atribuída a possibilidade de reger as relações jurídicas por meio das legislações, inclusive, tributárias, pois é em decorrência da tributação que aquele ente auferir recursos suficientes para exercer as atividades estatais, as quais têm por fim a realização do bem comum. E é, nesse contexto, que a tributação deve ser exigida, ou seja, para o bem comum.

Não obstante, esse poder encontra limites na própria Constituição Federal de 1988, são as Limitações ao Poder de Tributar, que trazem os princípios constitucionais tributários e as imunidades. Tais princípios, cientificamente, não podem ser invocados como limitadores do *quantum* das multas fiscais, vez que estão previstos para os tributos, e estes têm natureza jurídica diversa daquelas, pois decorrem de um ato lícito, enquanto as multas, de ato ilícito. Elas têm natureza jurídica punitiva ou sancionatória, como forma somente de punir o contribuinte que não cumpriu com a obrigação principal ou acessória, e não indenizatória, visando à restituição do dano sobre o patrimônio estatal. Para tanto incidem os juros moratórios.

E é em razão disso, de atuarem somente como forma de sancionar o contribuinte inadimplente, que a elas devem ser observados, de forma analógica, os Princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação de Tributo com Efeito de Confisco – analogicamente porque tais princípios são aplicáveis a tributos – como forma de limitar o *quantum* a ser fixado para essas sanções,

---

<sup>1</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1979.p. 21-22

pois, caso contrário, exerceriam a função dos juros moratórios, indenizando o Estado pelo dano sofrido com o inadimplemento.

Entretanto, existem posicionamentos diversos acerca da aplicação ou não do Princípio do não-confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal, quais sejam:

Para Hugo de Brito Machado, tal princípio não deve ser aplicável, pois a multa serve como forma de punir, efetivamente, o transgressor, punição esta que seja de tal monta que iniba o inadimplente de assim proceder, independentemente, do montante ser confiscatório ou não:

Porque constitui receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isso mesmo é que não pode ser confiscatório. Já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança resembram efetivamente desestimuladas. Por isso mesmo pode ser confiscatória.<sup>2</sup>

Já o Supremo Tribunal Federal tam adotado a tese de que o Princípio ora em comento deve ser aplicado às multas, pois assim se estaria evitando sua fixação de modo a atingir o patrimônio do contribuinte-inadimplente:

O Tribunal deferiu, com eficácia ex nunc, medida cautelar em ação direta ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio - CNC, para suspender, até decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art. 3º, § único, da Lei 8.846/94, que prevê, na hipótese de o contribuinte não haver emitido a nota fiscal relativa a venda de mercadorias, prestação de

---

<sup>2</sup> MACHADO, *Comentários ao código tributário nacional*: Artigos 1º a 95. São Paulo: Atlas, 2003. p.177, grifo nosso

serviços ou operações de alienação de bens móveis, a aplicação de multa pecuniária de 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado. Considerou-se juridicamente relevante a tese de ofensa ao art. 150, IV, da CF (“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... IV - utilizar tributo com efeito de confisco;”). ADInMC 1.075-DF, rel. Min. Celso de Mello, 17.6.98. (Informativo 115, do STF, grifo nosso)

O posicionamento de Leandro Paulsen é no sentido de que não se deve invocar o dispositivo constitucional que institui tal princípio para combater as multas exorbitantes, mas se utilizar do Princípio da Proporcionalidade:

A rigor, não se poderia invocar o art. 150, IV, da CF como fundamento para o combate à multa confiscatória, o que não quer dizer que não pudesse ser atacada com outros argumentos, tais como a proteção ao direito de propriedade e o princípio da proporcionalidade entre o ilícito e a punição respectiva.

.....  
A desproporcionalidade da penalidade relativamente à infração cometida, realmente, constitui critério válido para a identificação do caráter confiscatório da multa.<sup>3</sup>

Entretanto, a nosso ver, as multas devem obedecer ao que dispõem os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade também e, conseqüentemente, estar-se-á, de forma analógica,

---

<sup>3</sup> PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2001., p.200.

observando os Princípios da Capacidade Contributiva e da Vedação de Tributo com efeito de confisco, aplicáveis apenas a **tributos**.

Analogicamente, porque, no conjunto de regras que formam o nosso ordenamento jurídico, só há determinação expressa no sentido de aplicação desses princípios aos tributos, porém, da análise do conjunto de regras que formam o sistema, se conclui, por consequência lógica, que deve o aplicador do Direito utilizar-se deles como forma de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais do contribuinte, dando maior segurança jurídica a este.

A interpretação por analogia ocorre quando:

[...], a conclusão a que se chega não designa aquela que o legislador pretendeu, mas sim a que determinaria se ele próprio providenciasse sobre o caso, que escapou à previsão, sendo, assim, a tradução de uma vontade que se presume com alto grau de certeza e que se funda na própria equidade.<sup>4</sup>

Assim é que as multas fiscais devem observar a capacidade econômica do contribuinte, como decorrência lógica da vedação dos efeitos de um confisco (analisado sob a ótica de um tipo de penalidade vedada por nosso ordenamento jurídico – expropriação sem indenização correspondente), uma vez que este só incide quando não se observa aquela capacidade.

Por isso, apesar de a natureza jurídica da multa ser uma sanção por ato ilícito, é de todo incontestável dever também obedecer ao chamado “mínimo vital”, de observância obrigatória na fixação das alíquotas dos impostos.

Desse modo, ao se afirmar que o Princípio do não-confisco deva ser aplicável às multas, analogicamente, é no sentido de que devem ser obedecidas as limitações que sua aplicação nos traz, tais como: não incidir sobre o mínimo indispensável e observar os direitos e garantias fundamentais, como o direito de propriedade, que estaria

---

<sup>4</sup> ANALOGIA. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.150. 1v.

ameaçado caso se adotasse o posicionamento, *data maxima venia*, de Hugo de Brito Machado.

Esse princípio albergado deve ser aplicável às multas, no sentido de impor limites à sua fixação, porque, caso contrário, haveria um “anacronismo jurídico”, eis que se proibiria o confisco à obrigação principal e se permitiria à sanção fiscal que é elemento meramente subsidiário daquela, no sentido de que sem esta os sujeitos passivos não cumprem sua obrigação tributária. Haveria expropriação pela via indireta.

Como ensina Cláudio Renato do Canto Farág, “sendo assim, a imposição de penalidades pelo não pagamento de tributos se legitima na manutenção do Estado e no atendimento às necessidades públicas”,<sup>5</sup> pois, nesse viés, com a inadimplência tributária sem uma correspondente sanção, o Estado passa a ser um ente à mercê da livre vontade de seus cidadãos, que, neste caso, não se vêem obrigados a despende certa quantia destinada ao bem comum. Sob esse ponto de vista, encontra-se a imprescindibilidade da cominação de multas para aqueles que não cumprem a exação tributária, como forma de sancionar o ato.

Já no que pertine à aplicação direta do art. 150, IV, da Constituição Federal – adotado pelo Supremo Tribunal Federal – haveria uma ruptura às normas científicas que regulam a aplicação de dispositivos legais específicos previstos para determinadas matérias, podendo surgir, em consequência disto, uma confusão legislativa.

Por isso, dizemos que o Princípio do não-confisco será observado concretamente com a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, já que estes encontram, de certa forma, fundamento de existência naquele.

Sabido é, como afirma Sacha Calmon Navarro Coelho, que:  
[...] uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato,

---

<sup>5</sup> FARÁG, Cláudio Renato do Canto. *Multas fiscais: regime jurídico e limites de gradação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.16.

uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco.<sup>6</sup>

Os mandamentos fundamentais indigitados são aplicáveis às multas fiscais, já que devem ser graduadas em percentual proporcional ao seu objetivo de punir e reprimir o ato ilícito. Sua não-observância pode violar o direito à propriedade.

Por conseguinte, o que se tem observado é, como averba Alfredo Augusto Becker, a “inexistência de uma política de incidência de multas fiscais em percentuais coerentes”,<sup>7</sup> que está sendo mantida em razão do manicômio jurídico tributário. Acentua-se, nesse passo, a confusão do sistema tributário que “se mantém e está sendo exacerbado pela inexistência de uma política de incidência de multas fiscais em percentuais coerentes e pela aplicação por agentes de fiscalização de penalidades tipificadas penalmente”,<sup>8</sup> consoante lúcida lição de Cláudio Renato do Canto Farág.

Portanto, a não observância dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, na previsão das multas fiscais, pode levar, por analogia, à aplicação de multas confiscatórias, e, por via de consequência, tais multas confiscatórias afetarão, por certo, a capacidade contributiva.

É o que se vê, por exemplo, do Recurso Extraordinário nº 91.707 – MG, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, julgado em 11/12/79:

EMENTA – ICM. Redução de multa de feição confiscatória. – Tem o STF admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei, quando assume ela pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória – Dissídio de jurisprudência não demonstrado – Recurso extraordinário não conhecido.

---

<sup>6</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias: infrações tributárias; sanções tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.67, grifo nosso

<sup>7</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p.3.

<sup>8</sup> FARÁG, Op.cit., p.129.

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em acórdão mais recente, em idêntico toar, reduziu o montante da multa, fundamentando-se na razoabilidade. Decidiu o Tribunal:

A multa aplicada no âmbito do Direito Tributário, pela Administração Pública, tem natureza sancionatória e deve ser aplicada de maneira moderada, em atendimento ao princípio da razoabilidade. - O egrégio Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, afastou a multa punitiva, quando demonstrada a boa-fé do contribuinte, ao fundamento de que 'o judiciário pode graduar ou excluir a multa, de acordo com a gravidade da infração, e com a importância desta para os interesses da arrecadação' (RESP 184576 DJ Data: DJ 31/03/2003 Min. Franciulli Netto, j. em 05/09/02 pela 2ª Turma). (Apelação Cível nº 0912/2002. Relator Desembargador José Antônio de A. Góes. Data do julgamento: 05/08/2003, grifo no original)

E, no voto da Relatora Designada, a Desembargadora Maria Aparecida S. Gama da Silva, nos autos daquele recurso, é de se destacar os seguinte trecho:

Nesse passo, a discussão deve tomar o rumo do pronunciamento do representante do Parquet, que enfatiza: Mas, quanto ao caráter confiscatório da multa fiscal, distanciamos-nos do decisum em reexame. Sem embargo da corrente jurisprudencial que diz que o preceito contido no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal é endereçado ao tributo, não se aplicando à penalidade por serem espécimes diversas do gênero obrigação tributária, entendemos que no caso a multa deva ser reduzida, por ter atingido 200% do valor do imposto devido, não bastassem os juros de mora e a correção monetária que também

foram aplicados (fls. 40). Encontramos flagrante desproporcionalidade na multa aplicada, sem paralelo em outras penalidades do gênero, que ofende, se não o texto expresso do art. 150, inciso IV, da Constituição, ao menos o princípio da razoabilidade.

Dai, observa-se que vem se admitindo a exclusão ou redução da multa pelo Poder Judiciário como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Maior, fundamentando-se nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade necessários a busca de um equilíbrio entre o ato ilícito cometido e a pena imposta, conforme se vê da jurisprudência adiante destacada:

**EMENTA – Multa fiscal. Dissídio jurisprudencial quanto a poder ou não, o juiz reduzir a multa imposta pelo Fisco dentro nos limites legais. Recurso extraordinário da Fazenda conhecido e não provido, pois o que fez a sentença, restaurada afinal em grau de embargos, foi o seguinte: considerando que a autoridade fiscal impusera no grau mínimo a multa em sua parte variável e quase no máximo em sua parte fixa, decidiu quanto a esta, reduzi-la também ao mínimo. Solução razoável, que não fere a lei nem excede o poder, confiado ao juiz, de dar aos litígios a solução mais justa. (STF. RE nº 55.906/SP, Relator Min. Luiz Gallotti. Data da Decisão 27/05/1965, grifo no original)**

De tudo que foi exposto, é de se concluir que, se há limites para a tributação, como forma de proteger a propriedade privada, imperioso se torna admitir também limites, ainda que implícitos, no nosso ordenamento jurídico, como os decorrentes dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, na fixação do *quantum* de multas pela não observância das obrigações principais e acessórias, previstas no Sistema Tributário.

## BIBLIOGRAFIA

- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CASTILHO, Paulo César Baria de. **Confisco tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria e prática das multas tributárias: infrações tributárias; sanções tributárias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DALLA, Ricardo Corrêa. **Multas tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FARÁG, Cláudio Renato do Canto. **Multas fiscais: regime jurídico e limites de gradação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional: Artigos 1º a 95**. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado:ESMAFE, 2001.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 1v.

(\*) Bela. em Direito pela Universidade Tiradentes.

# O EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO APÓS A REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 10.352/2001

*Livia Santos Ribeiro*

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho pretende estudar a recente reforma do Código de Processo Civil, que introduziu novo parágrafo no art. 515, ampliando significativamente o efeito devolutivo da apelação.

Tal reforma, que possibilitou ao tribunal conhecer diretamente do mérito da causa, antes mesmo de sua apreciação pelo juízo *a quo*, trouxe à baila a antiga controvérsia acerca da natureza jurídica do duplo grau de jurisdição.

As correntes tradicionais, orientadas no sentido de que o duplo grau consubstancia uma garantia constitucional implícita, defendem a impossibilidade de lei ordinária limitar o reexame da matéria de fato e de direito por uma instância superior. Seus seguidores advogam a inconstitucionalidade da referida reforma, que ampliou o efeito devolutivo da apelação.

Após tecer algumas considerações acerca da nova tendência metodológica do direito processual, que privilegia a instrumentalidade e a efetividade do processo, a pretensão mais ampla deste estudo é demonstrar, por intermédio da doutrina e da jurisprudência, que o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional absoluta outorgada aos demandantes e, por isso, pode sofrer limitações impostas pelo legislador ordinário.

A sua meta precípua é oferecer subsídios à consolidação do entendimento de que é constitucional o § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, dado que o duplo grau de jurisdição não constitui garantia absoluta assegurada pela Carta Magna.

A inovação introduzida, em boa hora, na norma processual repercutiu positivamente na celeridade do procedimento e na viabilização do acesso à Justiça. Removeu conhecidos obstáculos processuais alimentadores da morosidade na prestação desse

relevante serviço público. Tornou, enfim, mais célere a resposta estatal à pretensão resistida.

A opção pelo tema determinante deste estudo foi ditada pela escassez de literatura, já que a matéria é recém-chegada ao sistema jurídico. Também porque o assunto diz com a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, conceitos fomentadores da melhor e mais eficaz prestação da tutela jurisdicional.

## **2. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO NAS SENTENÇAS TERMINATIVAS, APÓS A REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI 10.352/2001.**

A lei nº 10.352/2001 introduziu novo parágrafo ao art. 515 do Código de Processo Civil, ampliando significativamente o efeito devolutivo da apelação nas sentenças terminativas. O citado dispositivo, prestigiando a celeridade processual, possibilita ao tribunal rejeitar a preliminar extintiva e passar ao exame do mérito, quando a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver pronta para julgamento.

Antes da reforma em questão, já divergia a doutrina sobre o âmbito da devolução do recurso interposto contra sentença terminativa. A jurisprudência sensivelmente majoritária, sob o argumento de que entendimento diverso feriria o duplo grau de jurisdição, inclinava-se pela impossibilidade de o tribunal adentrar no mérito da causa, após reexaminar sentença que extinguisse o processo sem julgamento do mérito. Nesse sentido, emblemático é o acórdão da lavra do Min. Dias Trindade<sup>1</sup>:

Apelação. Sentença terminativa. CPC arts. 515 e 463. Limitando-se a sentença a extinguir o processo, por inépcia da inicial, posto que os pedidos seriam incompatíveis, não é dado ao Tribunal, apreciando a apelação, desde logo pronunciar-se sobre o mérito.

A inovação introduzida, em boa hora no sistema processual, acirrou a controvérsia.

---

<sup>1</sup> STJ – 3ª Turma, REsp. 11747/SP. Rel. Min. Dias Trindade, j.13.08.91, DJU 30.09.91.

As correntes mais tradicionais, orientadas no sentido de que o duplo grau consubstancia uma garantia constitucional implícita, defendem a impossibilidade de lei ordinária limitar o reexame da matéria de fato e de direito por uma instância superior, por suposta afronta ao duplo grau de jurisdição. Seus seguidores argumentam que se o tribunal evoluir na decisão do mérito não julgado no primeiro grau, haveria supressão de instância, relativa à matéria de fato, contra a qual não mais caberia recurso, uma vez que os recursos extraordinários, interponíveis da decisão do Tribunal, somente poderão versar sobre questão de direito.

Todavia, frise-se que a reforma introduzida somente possibilita ao Tribunal analisar o mérito, após rejeitar a preliminar extintiva, quando a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver pronta para julgamento. Vê-se, assim, que não haverá supressão de instância quanto à matéria de fato, uma vez que o novo parágrafo somente trata de questão de direito, impugnável através de recurso especial ou de recurso extraordinário.

Ademais, como visto, da leitura atenta do texto constitucional, o duplo grau de jurisdição não exsurge como garantia constitucional absoluta. À evidência, a Carta Magna limitou-se a mencionar tribunais com competência recursal. Em momento algum, todavia, assegurou a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Ao contrário, registrou hipótese de competência originária, em que não há possibilidade de reexame do mérito.

Assentada a idéia de que a Constituição Federal não assegurou o duplo grau de jurisdição como garantia absoluta dos demandantes, afigura-se-nos legítima a restrição imposta por legislador infraconstitucional ao cabimento dos recursos.

Observe-se que inúmeras leis ordinárias já limitavam o reexame da matéria por uma instância superior, a saber: a Consolidação das Leis do Trabalho<sup>2</sup>, Código de Processo Civil<sup>3</sup>, a lei n.º 6.830/80<sup>4</sup> e a lei 9.099/95<sup>5</sup>. A nosso juízo, inadmissível seria a argüição de inconstitucionalidade das referidas espécies legislativas.

---

<sup>2</sup>Art. 693 e ss. da CLT.

<sup>3</sup> Art. 519 do CPC.

<sup>4</sup> Art. 34 da lei nº 6830/80.

<sup>5</sup> Art. 41 e 48 da lei nº 9099/95

Enfim, insta lembrar que a adoção do entendimento restritivo da devolutividade da apelação, nesse aspecto, pode até impedir que o processo alcance seu real objetivo – a efetiva, adequada e tempestiva prestação da tutela jurisdicional -, aumentando o descrédito do Poder Judiciário perante a sociedade.

A recente reforma, influenciada pela nova tendência metodológica do direito processual, prestigiou a instrumentalidade e a efetividade do processo, visando fortalecer o Poder Judiciário e, conseqüentemente, ampliar o acesso à justiça. Isto é o que se extrai da sua Exposição de Motivos:

Cuida-se de sugestão que valoriza os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, permitindo-se ao tribunal o julgamento imediato do mérito, naqueles casos em que o juiz não o tenha apreciado mas, sendo a questão exclusivamente de direito, a causa já esteja em condições de ser inteiramente solucionada. Anota-se que o duplo grau não é imposição constitucional. Consoante Carreira Alvim, “como o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio destinado a um fim, não deve ir além dos limites necessários à sua finalidade. Muitas matérias já se encontram pacificadas no tribunal - como, por exemplo, na Justiça Federal e na dos Estados, as questões relativas a expurgos inflacionários - mas muitos juízes de primeiro grau, em lugar de decidirem de vez a causa, extinguem o processo sem julgamento do mérito, o que obriga o tribunal a anular a sentença, devolvendo os autos à origem para que seja julgada no mérito. Tais feitos, estão, muitas vezes, devidamente instruídos, comportando julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), mas o julgador, por apegado amor às formas, se esquece de que o mérito da causa constitui a razão primeira e última do próprio processo.

Observe-se, ainda, que o § 3º acrescentado ao art. 515 do Código de Processo Civil, registrou uma exceção à regra de que a sentença que apresenta *error in procedendo* enseja pedido de sua anulação e o efeito rescindente do julgado. Com a nova disposição, embora havendo erro de forma, poderá o Tribunal anular a sentença e proferir outra em seu lugar, operando-se o efeito substitutivo.

Ademais, como visto, o exame do mérito pelo tribunal, quando impugnada sentença terminativa, fica subordinado a determinados requisitos, dispostos no § 3º do art. 515, introduzido pela Lei n.º 10.352/ 2001: que o processo trate de questão exclusivamente de direito e esteja pronto para julgamento.

Reputa-se questão todo ponto controvertido de fato e de direito. Para que seja possível a apreciação do mérito pelo tribunal, quando impugnada sentença terminativa, é imprescindível, por exigência legal, que a causa verse sobre questões exclusivamente de direito. As questões de direito estão relacionadas com as dúvidas na determinação da norma jurídica a ser aplicada ou com o seu preciso significado e alcance, não se confundindo com a lide, que no contexto do Código, é o próprio mérito da causa, a pretensão resistida, deduzida em juízo.

Exige-se ainda que o processo esteja pronto para julgamento, ou seja, que o direito esteja cabalmente provado, através de prova documental ou após decorrida toda a instrução probatória.

Didier Jr<sup>6</sup>, ao discorrer sobre a reforma em questão, defende que, ao contrário do que se extrai da interpretação literal da lei, estes requisitos são alternativos. Assim, para o autor, mesmo em se tratando de questão de fato e já tendo decorrido toda a instrução probatória, poderá a instância superior analisar o mérito da causa.

Ocorre que se a questão for exclusivamente de fato, a supressão de instância causaria enorme prejuízo às partes, uma vez que o juiz de primeiro grau, por ter tido durante o trâmite processual contato direto e imediato com as partes e com as provas, estaria muito mais apto a solucionar o conflito de forma justa.

---

<sup>6</sup> CHEUM JORGE, Flávio. DIDIER Jr, Fredie & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 76.

Registre-se, por fim, que o novo parágrafo deve ser interpretado sistematicamente, em estrita consonância com o *caput* do artigo 515, do CPC, que determina que o tribunal só apreciará a matéria impugnada pelo recorrente. Deve, portanto, o apelante pedir que a instância superior, caso rejeite a preliminar extintiva, analise o mérito da causa.

Enfim, imbuído do pensamento instrumentalista, o legislador ordinário ampliou sobremaneira o efeito devolutivo da apelação, prestigiando a celeridade e a efetividade do processo. Contra tal inovação, em momento algum, pode-se argüir inconstitucionalidade, por suposta afronta ao duplo grau de jurisdição. Como visto, a Constituição Federal, nem de forma implícita, quando consagrou o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, a competência recursal dos tribunais, assegurou a obrigatoriedade de um duplo juízo sobre o mérito.

Por isso, entendemos que é constitucional o § 3º do art. 515 do Código de Processo civil, que privilegia o acesso à justiça em detrimento do dogma do duplo grau de jurisdição.

### 3. CONCLUSÃO

A singela abordagem ora empreendida sobre o tema proposto – o efeito devolutivo da apelação, emergente da reforma introduzida pela Lei nº 10.352/2001 - pretende contribuir para a consolidação do entendimento de que é constitucional a inovação permissiva do exame do mérito da causa pelo tribunal, quando por este rejeitadas as preliminares extintivas, reconhecidas no juízo subjacente.

Metologicamente, orientamo-nos pela nova tendência doutrinária que qualifica o processo como instrumento vocacionado para a realização dos objetivos jurídicos, políticos e sociais da atividade jurisdicional. Essa corrente, acolhida pela moderna ciência processual, prestigia a celeridade e a efetividade do labor instrutório como pressupostos da prestação jurisdicional expedita e acessível ao conjunto da sociedade, particularmente aos mais necessitados.

Fazendo coro ao desalento da sociedade que, com razão, vislumbra longínqua e inalcançável a tutela jurisdicional, ante a profusão de incidentes e recursos processuais, que inibe e desencoraja a demanda ao Judiciário, convencemo-nos de que devem ser

recebidas com entusiasmo posturas mitigadoras do duplo grau de jurisdição, como a impulsionou a reforma introduzida pela 10.352/2001.

A propósito, uma leitura atenta da Constituição Federal revela que esta não unge, explícita ou implicitamente, com o manto da garantia absoluta o uso da via recursal. Ao revés, ao deferir tal competência aos tribunais superiores, o texto magno tão-somente consagra a existência do instituto, deixando aos cuidados do legislador ordinário o poder de estruturá-lo, até mesmo de restringir-lhe o alcance, estabelecendo as hipóteses de cabimento.

Assim é que, despreziosamente, procuramos, em princípio, fixar o substrato teórico para embasar a matéria estudada para, adiante, concluirmos pela sua constitucionalidade. Restou, enfim, manifesto que o § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, conquanto suprima uma instância jurisdicional, não afronta a Constituição, ao contrário, segue-lhe o mandamento de que o dimensionamento da matéria está ao abrigo de competência legislativa ordinária.

Essa nova perspectiva, que alarga os limites do efeito devolutivo da apelação, traz o mérito de proporcionar a efetividade da tutela jurisdicional, que será prestada com celeridade, porém sem prejuízo da segurança jurídica, ampliando significativamente o acesso à justiça.

# ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA MEDIDA DE DESTRUIÇÃO

Marcel Peres de Oliveira (\*)

## 1. INTRODUÇÃO

Recentemente regulamentado pelo Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, o parágrafo segundo do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA<sup>1</sup>, instituído pela Lei nº 9.614, de 05 de março de 1998, criou a figura da *medida de destruição*<sup>2</sup>, destinada às aeronaves consideradas hostis ou, segundo o regulamento, suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.

O objetivo do presente trabalho é analisar a eventual adequação constitucional da referida medida, ante a potencialidade lesiva a direitos subjetivos assegurados pela Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis; IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21); V - para averiguação de ilícito. § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (*Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.614, de 5.3.1998*) § 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. (§ 2º *renumerado e alterado pela Lei nº 9.614, de 5.3.1998*)

<sup>2</sup> Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra. (Decreto 5.144/04)

A Lei 9.614/98, conhecida como “lei do abate”, é considerada imprescindível para incrementar o policiamento do espaço aéreo brasileiro, segundo as autoridades envolvidas na sua elaboração, criando um instrumento mais eficaz para prevenir e reprimir os chamados *movimentos aéreos não regulares*<sup>3</sup>.

A principal justificativa para a criação da *medida de destruição* é a necessidade de se potencializar o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pois o *tiro de advertência*, algumas vezes utilizado, não foi suficiente para impedir os vôos clandestinos<sup>4</sup>.

Dessa forma, depois de esgotados os meios coercitivos, determinada aeronave pode ser considerada como hostil e, conseqüentemente, ficar sujeita à medida de destruição.

Analisando o parágrafo segundo do citado dispositivo, observa-se que a lei utilizou conceitos indeterminados, tais como, *aeronave hostil* e *medida de destruição*. Para regulamentá-los, adveio o Decreto nº 5.144/04<sup>5</sup>, editado depois de decorridos mais de seis anos desde a promulgação da “lei do abate”<sup>6</sup>. A demora, segundo a imprensa, deveu-se à pressão internacional, notadamente dos EUA.

---

<sup>3</sup> Entenda a Lei do tiro de destruição. Centro de Comunicação Social da Aeronáutica, 30 de julho de 2004. Disponível em: [http://www.aer.mil.br/Publicacao/Imprensa/Noticias/3007\\_abate.htm](http://www.aer.mil.br/Publicacao/Imprensa/Noticias/3007_abate.htm). Acesso em 10 set. 2004.

<sup>4</sup> Com a implantação do SIVAM – Sistema de Vigilância da Amazônia, tornou-se possível o mapeamento das rotas mais freqüentemente utilizadas pelos traficantes no exercício do apontado comércio ilícito.

<sup>5</sup> Vigência em 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

<sup>6</sup> A partir de abril de 2003, um grupo de trabalho constituído por integrantes do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores, do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e especialistas do Comando da Aeronáutica se reuniu com o objetivo de estudar todos os aspectos pertinentes à regulamentação da Lei do Tiro de Destruição, tais como procedimentos de interceptação aérea, normas internacionais da aviação civil, medidas de integração de procedimentos com os países vizinhos e legislação de países interessados no tema e que mantêm normas específicas sobre responsabilidade civil de seus cidadãos, quando estes tenham apoiado direta ou indiretamente a destruição de aeronave civil.

## 2. DESENVOLVIMENTO DO TEMA

### 2.1. O princípio da autodefesa

Antes da análise sobre a eventual compatibilidade material das normas em relação à Constituição Federal, necessária uma breve incursão no DIP, notadamente sobre o princípio da *autodefesa*<sup>7</sup>.

O art. 2º da “Carta da ONU” prevê a solução pacífica das controvérsias entre os sujeitos de DI, de modo que a paz, a segurança e a justiça internacionais não sejam ameaçadas. Está consagrada, portanto, a proibição do uso da força. Porém, há exceções. Dentre elas, destaca-se a *autodefesa* ou *legítima defesa*, consignada na própria Carta, especificamente no art. 51<sup>8</sup>, desde que haja um ataque armado ocorrido contra a integridade territorial ou independência política de determinado Estado<sup>9</sup>.

Oportuna a transcrição do seguinte ensinamento doutrinário, que traz o conteúdo jurídico do direito de defesa e conservação. Para o autor, este “*é uma consequência necessária do direito à existência*.”

---

<sup>7</sup> A *autodefesa* foi invocada para fundamentar a instituição da medida de destruição. Eis o trecho, contido no texto mencionado na nota de rodapé nº “3”, supra: “Em razão do que prescreve a Carta da ONU sobre o princípio de autodefesa, o Governo brasileiro considerou necessária apenas a regulamentação da lei para esse aspecto, levando em conta a crescente ameaça apresentada pelo narcotráfico para a segurança da sociedade brasileira”.

<sup>8</sup> **Artigo 51.** *Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.*

<sup>9</sup> KOTÉZ, Daniel Naum Sobral. A questão da legalidade da Segunda Guerra do Golfo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 267, 31 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5024>>. Acesso em: 10 set. 2004.

*Se o Estado deve viver, cabe-lhe o direito de se defender*<sup>10</sup>. Deveras, tal direito não é absoluto, sendo inapto para justificar o cometimento de atos ilegais contra Estado inocente. Porém, “isto não implica o desconhecimento do direito de legítima defesa, admitido na ordem internacional, como na ordem interna. A legítima defesa, porém, só existe em face de uma agressão injusta e atual, contra a qual o emprego de violência é o único recurso possível”<sup>11</sup>.

Portanto, se o Estado, utilizando-se dos meios necessários, de forma moderada, repele agressão injusta, limitando-se à cessação desta, tais atos não serão considerados antijurídicos. Não geram responsabilidade internacional. Como bem disse o autor acima mencionado, a legítima defesa é instituto aplicável tanto na ordem externa, quanto na interna<sup>12</sup>. Por isso, seus contornos são semelhantes.

Nesse diapasão, a *medida de destruição* poderia ser considerada como mera explicitação do direito de autodefesa ou de legítima defesa, já consagrado pelo DIP? A resposta a tal questionamento é que definirá a sua validade frente ao ordenamento jurídico pátrio.

Preliminarmente, porém, é necessário delimitar os contornos estabelecidos pela Constituição Federal, principalmente os decorrentes dos princípios, direitos e garantias fundamentais.

## **2.2. A soberania e a dignidade da pessoa humana**

Os princípios *fundamentais*, segundo abalizada doutrina, são constituídos por decisões políticas fundamentais do constituinte<sup>13</sup>. Derivados de tais princípios surgem os *jurídico-constitucionais* ou *gerais*, que estabelecem limitações à atuação estatal, com maior carga axiológica.

---

<sup>10</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público* – 11. ed., 10 tiragem – São Paulo:Saraiva, 1993, p. 37.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Exemplos podem ser encontrados no art. 25 do CP e no art. 188, I, do CC de 2002.

<sup>13</sup> Nesse sentido, José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso.

Nesse sentido, a medida de destruição aparentemente coloca em atrito dois dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo este opção política fundamental do constituinte. Em pólos distintos se encontram a *soberania* e a *dignidade da pessoa humana*. Essa dicotomia abrolha da necessidade de se resguardar a ordem interna contra injunções externas ilícitas e, em contrapartida, de se assegurar a observância das garantias fundamentais aos destinatários destas.

Se a soberania é considerada elemento essencial para a existência do próprio *Estado*<sup>14</sup>, a dignidade da pessoa humana é imprescindível à existência do *Estado Democrático de Direito*, enquanto regime jurídico-político adotado no Brasil.

Poder-se-ia concluir que a soberania deve sobrepujar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois enquanto este se relaciona com *traço qualificativo* do Estado, aquela interage com a própria existência deste. No entanto, tal conclusão não pode ser fechada, hermética. É que o conflito normativo não pode ser resolvido com a aplicação de uma norma constitucional, suprimindo totalmente a outra (princípio da cedência recíproca).

“(...) essa chamada lacuna de conflito deve ser resolvida com base no princípio exposto, que indica ao intérprete a tarefa de encontrar no interior do sistema um ponto comum que possibilite a convivência das duas normas constitucionais conflituosas. A tarefa do intérprete, no ponto, é extrair de cada norma em conflito uma função útil no interior do sistema, sem que a aplicação de uma implique a supressão da outra”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Prescindível, pelo menos para os objetivos deste ensaio, a incursão na divergência doutrinária existente quanto à posição da soberania, se *elemento essencial* ou *atributo fundamental* do Estado.

<sup>15</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional* / Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65.

Portanto, como suposto fundamento para a implantação da medida de destruição, a soberania nacional não pode aniquilar as garantias e os direitos previstos na Constituição Federal, posto que esses, em regra classificados como direitos fundamentais de primeira dimensão, limitam a própria atuação estatal.

“A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”<sup>16</sup>.

### **2.3. Direitos e garantias constitucionais e a medida de destruição**

#### **2.3.1. O Direito à vida e a vedação da adoção da pena de morte**

Consoante dispõe o art. 5º da Carta Magna, ficou assegurado o direito à vida, ou seja, é proibida a “*adoção de qualquer mecanismo que, em última análise, resulte na solução não espontânea do processo vital*”<sup>17</sup>.

Apesar de o caput do referido dispositivo constitucional só previr expressamente como destinatários dos direitos e garantias ali elencados os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, a doutrina<sup>18</sup> e jurisprudência<sup>19</sup> entendem, acertadamente, que os estrangeiros em trânsito também estão contemplados.

Destarte, aos tripulantes ou passageiros de aeronaves em movimentos aéreos não regulares deve ser resguardado o direito à vida, ainda que descumpram as ordens da autoridade aeronáutica. É que a Constituição Federal veda a pena de morte, salvo no caso expressamente nela previsto, no qual não se enquadra a medida de

---

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* – 15. ed. – São Paulo:Atlas, 2004, p.52.

<sup>17</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *op. cit.*, p. 98.

<sup>18</sup> No sentido do texto, Alexandre de Moraes e Luiz Alberto David Araujo.

<sup>19</sup> STF – HC nº 74.051-3; RT 657/281; RF 192122; RT 312/36; RDA 39/326.

destruição<sup>20</sup>. Para ilustrar, cita-se o seguinte exemplo: uma aeronave, pilotada por estrangeiro, assoberbada de cocaína, adentra no espaço aéreo nacional e, mesmo após a adoção de todas as medidas coercitivas definidas no Decreto 5.144/04, o piloto não desiste do intento de levar a droga até o destinatário. Indaga-se: pode tal aeronave ser destruída, ocasionando a morte do piloto? A resposta só pode ser negativa, pois o fato de a substância entorpecente ser transportada em aeronave, em flagrante cometimento de crime, não permite a prática de ato que possa ceifar a vida do criminoso, à exceção da legítima defesa.

A questão é semelhante ao delito de resistência. O fato de a pessoa resistir à prisão, de tentar esquivar-se à sua efetivação, fugindo, legitima a sua execução? Evidentemente que não. No exemplo citado no parágrafo anterior, se o criminoso estrangeiro utilizasse transporte diverso do aéreo, estaria sujeito à pena privativa de liberdade, mas não à pena de morte.

Diferente seria a solução se presente a legítima defesa, ou seja, em caso de agressão atual e injusta que seja apta a quebrantar a integridade territorial, a independência política do Estado, ou ainda se a violência se dirigir à pessoa da autoridade que aborda o agente.

O tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, por si, não autoriza a medida, salvo se nas hipóteses mencionadas no parágrafo anterior. Da mesma forma se conclui em relação à necessidade de se resguardar a segurança pública.

### 2.3.2. O devido processo legal

Abstraindo-se a vedação comentada no tópico anterior, a medida de destruição é desprovida de razoabilidade, pelo menos na forma disciplinada pelo Decreto 5.144/04.

Em primeiro lugar, estar-se-á aplicando sanção sem processo, sem direito de defesa, sem julgamento. Com a efetivação do *tiro de destruição*, o criminoso que utiliza o transporte aéreo para

---

<sup>20</sup> XLVII - não haverá penas:a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

comercializar substância entorpecente está sujeito a ser privado da sua vida ou de seus bens sem qualquer possibilidade de se defender, ou seja, sem a garantia do contraditório e da ampla defesa, que engloba a defesa técnica. Há ofensa à isonomia, pois o criminoso que utiliza meio de transporte diverso está sujeito a tratamento distinto, mais benéfico.

Outra questão grave é que o Regulamento trabalha com *presunções* e *suspeitas*, ilações totalmente incompatíveis com a medida extrema<sup>21</sup>. Enquanto a pena privativa de liberdade ou de perdimento de bens só pode ser estabelecida na sentença, proferida após cognição exauriente, com base em juízo de certeza, a medida de destruição prescinde de qualquer ato judicial. Não é medida de natureza cautelar, pois não resguarda provimento jurisdicional futuro. É resposta, retorsão imediata.

### 2.3.3. O princípio da legalidade e a delegação legislativa disfarçada

O legislador ordinário, ao instituir a medida de destruição, utilizou-se de técnica considerada inconstitucional pela doutrina mais abalizada, consistente na utilização de termos e conceitos vagos ou imprecisos.

O parágrafo segundo, do art. 303, do CBA, fala em *meios coercitivos legalmente previstos, aeronave hostil e medida de*

---

<sup>21</sup> Art. 1º Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública. Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações: I - adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.

*destruição*<sup>22</sup>, mas sem estabelecer qualquer tipo de parâmetro ou abalçamento legal a ser seguido pelo Chefe do Poder Executivo no exercício do Poder Regulamentar.

Como não há contornos legais mínimos, o decreto acaba estabelecendo direitos e criando deveres, obrigações ou limitações não previamente previstos em lei, fugindo à sua característica constitucional precípua, que é a de assegurar a *fidel* execução das leis (regulamento de execução), sem inovar na ordem jurídica. Tampouco a matéria está circunscrita na exceção criada pela EC 32/01, que alterou o inciso VI do art. 84 da Carta Magna.

No caso da Lei 9.614/98, ocorreu o que a doutrina intitula de “delegação legislativa disfarçada”.

“Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Interessante transcrever novamente o dispositivo legal, pela importância do tópico. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a *aeronave será classificada como hostil*, ficando sujeita à *medida de destruição*, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (*Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.614, de 5.3.1998*)

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo* – 11. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 1999, p. 251.

Não há requisitos ou pressupostos legais mínimos para se considerar determinada aeronave como *hostil*, ou ainda para se definir o que é *medida de destruição*.

Oportuna a observação de que a identificação não precisa ser absoluta. Do contrário, o regulamento teria eficácia reduzida. Mas também não é possível a outorga total ao mencionado ato normativo. A situação se agrava quando se trata de provimentos ablatórios, como é o caso da inovação legislativa em análise.

Por isto, “a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação disfarçada, inconstitucional”<sup>24</sup>.

Mesmo que permitida a referida delegação, o Decreto 5.144/04 sequer define o que seria aeronave *hostil*, limitando-se equipará-la à utilizada no comércio de substâncias entorpecentes ou drogas afins.

Portanto, configurada resta a ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), bem como ao princípio da separação dos poderes, na medida que o Legislativo delega competência exclusivamente sua, fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 2º, §único, da CF).

#### 2.3.4. A segurança jurídica

Neste ponto, não pode ser esquecido o *princípio da segurança jurídica*.

Tal princípio, juntamente com o *princípio da legalidade*, compõe o alicerce do Estado Democrático de Direito.

Sob tal perspectiva, o decreto não é o instrumento normativo mais adequado para tratar da matéria, pelo menos na forma atual, conforme exposto no tópico anterior. É que o regulamento não possui a estabilidade jurídica necessária para disciplinar inteiramente a medida de destruição, se comparada à encontrada nos atos

---

<sup>24</sup> *Ibidem*.

normativos emanados do Legislativo, que exigem requisitos mais rígidos para a sua modificação.

O próprio decreto admite a apontada instabilidade quando dispõe que os procedimentos ali previstos deverão ser objeto de avaliação periódica, com vistas ao seu aprimoramento (art. 9º).

### 2.3.5. A delegação inconstitucional

Em regra, as atribuições do Presidente da República são indelegáveis. As exceções estão definidas na própria Constituição Federal, tais como as mencionadas no parágrafo único do art. 84. Nota-se que são delegáveis as atribuições de cunho preponderantemente administrativo.

Porém, determinadas competências, pela sua própria natureza, são insuscetíveis de delegação, principalmente quando relacionadas ao Presidente da República enquanto no exercício das funções de *Chefe de Estado*.

Desse modo, ainda que fosse válida a instituição da medida de destruição, a delegação da competência para o Comandante da Aeronáutica<sup>25</sup> seria de constitucionalidade duvidosa, principalmente porque não incluída nas exceções constitucionais, além de que, se fundamentada no direito de legítima defesa, configura ato de soberania estatal. Guardadas as devidas proporções, é competência semelhante à definida no inciso XIX do art. 84 da CF<sup>26</sup>.

Portanto, somente o Presidente da República poderia determinar a medida extrema.

## 3. CONCLUSÕES

Após as breves e superficiais ponderações realizadas neste trabalho, verificou-se que a *medida de destruição*, instituída pela Lei

---

<sup>25</sup> Art.10. Fica delegada ao Comandante da Aeronáutica a competência para autorizar a aplicação da medida de destruição.

<sup>26</sup> XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional.

9.614/98 e regulamentada pelo Decreto nº 5.144/04, não é mera explicitação do direito de legítima defesa, na medida que as hipóteses trazidas pelo Regulamento não são compatíveis com os contornos trazidos pelo DIP. Não se trata de ataque armado contra a integridade territorial ou independência política de determinado Estado. Igualmente não há respaldo na ordem jurídica interna. A necessidade de se resguardar segurança pública não é suficiente para a implementação da medida, sob pena de se permitir a sua aplicação às situações análogas, como por exemplo, no tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins realizado dentro do território nacional.

Não é válida a fundamentação da medida legal como ato de soberania, pois, além de as hipóteses trazidas pelo Decreto 5.144/04 não ensejarem a *autodefesa*, não é permitido o total aniquilamento das garantias constitucionais penais e processuais penais asseguradas às pessoas, que conformam o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser aplicado o *princípio da cedência recíproca*.

Outrossim, a *legislação* correlata trabalha com *suspeitas e presunções*, incompatíveis com a medida extrema.

Ainda que fosse admissível, do ponto de vista constitucional, a instituição da medida de destruição, a Lei 9.618/94 trabalha com conceitos exageradamente vagos e imprecisos, sem qualquer balizamento, delegando ao regulamento a competência para defini-los, configurando a *delegação legislativa disfarçada*, com conseqüências mais graves, em se tratando de provimento ablatório. Destarte, ofendido o princípio da legalidade.

Com fundamento semelhante, o princípio da segurança jurídica impõe a adoção de lei para dar tratamento mais específico à matéria. A volatilidade do Regulamento pode gerar instabilidade jurídica, principalmente em face da gravidade da medida.

A delegação da competência ao Comandante da Aeronáutica para a determinação da medida de destruição é de constitucionalidade duvidosa, pois não está circunscrita às hipóteses constitucionais.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público* – 11. ed., 10 tiragem – São Paulo:Saraiva, 1993.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional* / Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo:Saraiva, 2002.

*Entenda a Lei do tiro de destruição. Centro de Comunicação Social da Aeronáutica*, 30 de julho de 2004. Disponível em: <[http://www.aer.mil.br/Publicacao/Imprensa/Noticias/3007\\_abate.htm](http://www.aer.mil.br/Publicacao/Imprensa/Noticias/3007_abate.htm)>. Acesso em 10 set. 2004.

KOTÉZ, Daniel Naum Sobral. A questão da legalidade da Segunda Guerra do Golfo . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 267, 31 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5024>>. Acesso em: 10 set. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo* – 11. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* – 15. ed. – São Paulo:Atlas, 2004.

(\*) Promotor de Justiça do MP/SE e especialista em Direito Processual pela UFSC.

# LEGALIZAÇÃO DO JOGO: UMA APOSTA ARRISCADA

Maria Luiza Foz Mendonça (\*)

## 1. INTRODUÇÃO

A palavra *jogo* deriva do latim *jocus*, que significa divertimento, passatempo e é tomada originariamente “para exprimir todo exercício ou atividade promovida por divertimento, ou como diversão<sup>1</sup>. Segundo R. Limongi França<sup>2</sup>, o jogo é a convenção de ganho ou perda, sob condições opostas, com o intuito de jogar, isto é, de segundo o azar, obter um ganho ou fruir um passatempo. É contrato aleatório, em que duas ou mais pessoas prometem certa soma àquela, dentre as contraentes, a quem for favorável certo azar.

Assevera Valdir Sznick<sup>3</sup> que já os romanos faziam referências ao jogo e às respectivas punições. Relata, ainda, que em Roma existiam dois tipos de jogos – *in quibus ars dominatur ac de virtute certamen est* (onde se contemplavam os esportes e as lutas, como o lançamento de lança, a corrida, o salto) e os *in quibus sors praedominatur* (os chamados jogos de azar, que eram proibidos). A proibição era então a regra, como se vê, por exemplo, na *Lex Cornelia*; um dos motivos da vedação ao jogo consistia no fato deste sempre estar relacionado ao descalabro, sendo fonte de inúmeras brigas.

O citado autor observa, ademais, que esse posicionamento (de proibição ao jogo) passou à Idade Média com mais um impulso: ao lado da legislação romana, contrabalançando a paixão dos germanos pelo jogo, a Igreja e o direito canônico proibiram qualquer forma de jogo, houvesse ou não o princípio sorte.

---

<sup>1</sup> BONILHA, Márcio Martins. Contratos de Jogo e Aposta. In: Contratos Nominados. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 311.

<sup>2</sup> Ob.cit., p. 863

<sup>3</sup> SZNICK, Valdir. Contravenções Penais. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1991, 2.ª edição.

Na França, uma Ordenança de Luis IX, datada de 1254, reputa e impõe aos jogadores a pecha de infames e indignos.

Entre nós, as Ordenações, no Livro 5, título 82, contemplavam a punição do jogo, bem como o Código de 1830 (art. 281), o de 1890 (capítulos II e III), e os anteprojetos de João Vieira, Sá Pereira e Alcântara Machado.

A exploração do jogo é ainda penalizada na Itália, França, Alemanha, Áustria, Portugal, Peru, Bélgica e Iugoslávia.

No Brasil, embora exista proibição legal, através da tipificação da conduta como contravenção penal, essa atividade ilícita vem angariando defensores para a sua legalização, dada a grande influência econômica dos exploradores dos jogos de azar.

Um exemplo a ser citado é o projeto de legalização do jogo PLC 91, de 1996, de autoria do Deputado José Fortunati que tramita no Poder Legislativo Nacional.

Face à existência desse projeto, questionamos: Quais os efeitos do jogo sobre as suas vítimas? Quais as conseqüências práticas da legalização do jogo? Será que a sociedade está preparada para tais efeitos? E as vítimas, detentoras de proteção legal sobre os seus respectivos bens patrimoniais, perderão o abrigo da tutela penal?

O presente estudo busca, através da análise da questão dogmática da exploração dos jogos de azar, além do exame dos fatos clínicos e sociais relativos às vítimas do jogo, trazer um alerta sobre os efeitos de uma possível legalização, para ao revés, propor uma majoração da pena prevista para esta contravenção, elevando-a à categoria de crime.

## **2. O PAPEL DO DIREITO PENAL NA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS.**

O Direito surgiu como forma de garantia das necessidades básicas da sociedade, relativas à coexistência social.

*O fato que se apresenta como contrário à norma de Direito, porque ofende ou põe em perigo o objeto da sua proteção, forma o ilícito jurídico, cuja espécie mais grave é o ilícito penal, que viola as mais fundamentais entre as leis da convivência. É este ilícito que se*

*concretiza nos chamados fatos puníveis – crimes e contrações.*<sup>4</sup>

Numerosas são as definições do Direito penal, merecendo destaque o conceito desenvolvido por VON LISZT, segundo o qual o direito penal é o conjunto das prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime como fato, a pena como consequência; e o de ASÚA para quem direito penal é o conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o exercício do poder sancionador e preventivo do estado, estabelecendo o conceito de delito como pressuposto da ação estatal, assim como a responsabilidade do sujeito ativo, associando a infração de uma norma a uma pena finalista ou a uma medida de segurança.

Assim, temos que o Direito Criminal Positivo apresenta a Pena como forma de combate aos delitos, pois esta apresenta a satisfação de uma exigência de justiça, impondo ao agente do fato punível um mal, em correspondência ao mal por ele praticado.

Segundo o Professor Aníbal Bruno, *compreende-se, então, que o Estado se arme contra esses fatos com a mais severa das sanções, que é a pena, e procure, por meio dessa e de outras medidas, combatê-los, prevenindo-os ou reprimindo-os, por necessidade de defesa social.*<sup>5</sup>

O penalista Magalhães Noronha assevera: *“Violada a norma penal, efetiva-se o jus puniendi do Estado, pois este, responsável pela harmonia e estabilidade sociais, é o coordenador das atividades dos indivíduos que compõem a sociedade”.*<sup>6</sup>

Logo, o Direito penal é composto por um conjunto de normas jurídicas, através das quais o Estado cumpre a sua função de pacificação social.

Ensina, ainda, com propriedade, o saudoso catedrático Aníbal Bruno<sup>7</sup>:

---

<sup>4</sup> FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. Direito Penal, Parte Geral, tomo 1. Rio de Janeiro: 1967, 3.ª edição

<sup>5</sup> FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. Direito Penal, Parte Geral, tomo 1. Rio de Janeiro: 1967, 3.ª edição.

<sup>6</sup> NORONHA, Magalhães de – Direito Penal, Introdução, Parte Geral – São Paulo: ed. Saraiva, 1971.

<sup>7</sup> Opus citatum

*“Fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc., entendendo-se por bem jurídico, conforme o conceito de VON LISZT, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito.”<sup>8</sup>*

Esses bens jurídicos fundamentais são definidos pela própria sociedade, a qual pode atribuir maior ou menor valor a determinado bem jurídico em diferentes épocas ou em lugares diversos.

Os bens tutelados pelo Direito Penal não interessam exclusivamente ao indivíduo, mas a toda a coletividade. Ainda, utilizando as palavras do renomado autor, observamos que o *bem jurídico é o elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito.*

Foram as violações dos bens jurídicos o centro ideal do direito penal clássico (Hasegger, onde existia o autor do delito (criminoso), o delito em si (crime), e existia uma vítima presente que sofreu um dano visível de uma maneira injustificável e indesculpável. O sentido do esclarecimento do direito penal era o de domesticar, o de domar e o de civilizar.<sup>9</sup>

O Direito Penal moderno, que teve como marco inicial a Tese de Von Liszt, serve de instrumento do estado de intervenção social, voltada à transformação do meio.

---

<sup>8</sup> Opus citatum

<sup>9</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. Do Caráter Subsidiário do Direito Penal. Belo Horizonte: 1998

Nessa fase, a Política Criminal faz parte do Direito Penal, adotando uma postura totalmente voltada para as conseqüências políticas, sociais e individuais, caracterizando-se, essencialmente, pela apreciação da conveniência da punição. Percebe-se, pois, o predomínio da idéia de prevenção, afastando a anterior postura da vingança privada.

Dentro da perspectiva do Direito Penal Moderno, é que o presente estudo busca averiguar a necessidade da intervenção do sistema penal no combate à exploração dos jogos de azar, analisando inicialmente a complexa relação vítima/jogo, passando após a um estudo crítico da normatização dessa conduta e das suas conseqüências.

### 3. A VITIMOLOGIA E A CRIMINALIZAÇÃO DO JOGO DE AZAR.

A Vitimologia surgiu a partir de 1947, com a finalidade de estudar amplamente, em todos os seus aspectos, a relação vítima-criminoso no fenômeno da criminalidade.

Tal disciplina surgiu da necessidade de se obter uma melhor compreensão sobre o crime, pois até então, somente o delinqüente era examinado para este fim.

O delito, a partir dessa nova perspectiva, passa a ser estudado sob a ótica de seus três elementos integrantes: o fato, o criminoso e a vítima; ao contrário do que ocorria anteriormente, quando somente o fato e seu autor eram estudados.

*“Surge, assim, a vítima como personagem tão importante como o delinqüente no fato delituoso e não simplesmente ou formalmente como ofendido ou sujeito passivo do crime, porém como algo necessário à estrutura do delito, como igualmente causadora, provocadora ou colaboradora da conduta criminosa.”<sup>10</sup>*

O nosso Código Penal não define vítima, mesmo porque elaborado em 1940, quando não existia qualquer preocupação dos cientistas do Direito em conceituar esse novo elemento, entretanto, algumas definições sobre vítima podem ser encontradas na Doutrina mais moderna.

---

<sup>10</sup> ALVES, Roque de Brito. Criminologia. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1986

Segundo João Farias Júnior<sup>11</sup>, entende-se por vítima *qualquer pessoa que sofre infaustos resultados, seja de seus próprios atos, seja dos atos de outrem, seja de influxos nocivos ou deletérios, seja de fatores criminógenos, seja do acaso.*

A vítima do Jogo de Azar pode ser facilmente compreendida sob esse conceito, pois esta será exposta aos riscos provocados pelos exploradores dos Jogos, mas, para que se torne efetivamente vítima, deverá concorrer com seus próprios atos. É o processo da Vitimização.

### **3.1. Algumas considerações acerca das vítimas da exploração dos jogos de azar.**

*“Há um ano, o funcionário público aposentado Antônio, de 62 anos, planejou com regularidade matemática a própria morte. Pensou em tudo. Beneficiário de uma polpuda pensão, transferiu os rendimentos de R\$ 7 mil para um neto, de 4 anos. Depois, alugou um quarto de hotel no bairro da Liberdade, centro de São Paulo. Trancou-se no banheiro, cortou os pulsos e esperou. Foi salvo pela ação providencial de um camareiro. Antônio quis morrer porque devia mais de R\$ 60 mil a vários credores. Eram dívidas contraídas para pagar apostas em corridas de cavalo. Todo jogador pensa no suicídio pelo menos uma vez”, relata. Para ele, morrer era como o lance de um jogo. Uma cartada para garantir a sobrevivência dos dependentes - duas filhas e um neto. A jogada gorou, mas serviu para Antônio descobrir que estava doente. Enquadrava-se no perfil desenhado pelos psiquiatras para classificar os “jogadores patológicos” ( Texto de Alberto Ramos, publicado na revista Época, extraído do site <http://epoca.globo.com/>)*

---

<sup>11</sup> FARIAS JÚNIOR. Manual de Criminologia, 2ª edição, Editora Juruá, Curitiba, 1996, página 250

O fato real acima descrito não pode ser considerado uma exceção. A tentativa de suicídio é comum entre os jogadores compulsivos, sendo apenas um dos efeitos na vida pessoal daqueles que foram tragados por esse vício.

Tal assertiva pode ser facilmente comprovada, através da análise de estudos feitos pela Universidade Federal de São Paulo, através da equipe do Ambulatório de Jogo do Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes (PROAD), composta por Maria Paula Magalhães Tavares de Oliveira, Antônio Carlos Pacheco e Silva Neto e Dartiu Xavier da Silveira.<sup>12</sup>

Referidos estudos levaram em consideração o comportamento de 72 pacientes que procuraram ajuda no Ambulatório, no período de cinco anos. Desses Jogadores, apenas 42 permaneceram sob acompanhamento, dos quais 04 tentaram suicídio.

Segundo essa pesquisa, o jogador-padrão é homem, casado, tem em média 40 anos e experimenta vários tipos de jogos. No universo do levantamento, todos jogavam bingo; loteria, videopôquer e carteados vinham em seguida. Apostas em cavalos, que já consumiram fortunas no passado, estão hoje em sexto lugar entre os jogos mais difundidos.

O estudo também extrai conclusões financeiras relevantes. Entre os pesquisados, 76% completaram cursos universitários e possuem renda familiar acima de R\$ 3 mil. Perderam, em média, US\$ 84 mil ao longo da vida. Ganharam cerca de US\$ 8 mil. É grande a incidência de representantes das classes média e alta.

Outra pesquisa, realizada pela Universidade de São Paulo (USP), feita com jogadores que recorreram ao AMJO entre abril de 1998 e janeiro de 1999, que analisava, entre outros aspectos, as diferenças e semelhanças entre o comportamento de homens e mulheres diante da patologia, detectou que o índice de tentativa de suicídios foi maior entre o grupo feminino: das entrevistadas, 35% já haviam tentado cometer suicídio. Entre os homens, a porcentagem

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, M.P.M.T., PACHECO E SILVA, A.C. e SILVEIRA, D.X. Um programa Assistencial para o transtorno de jogo patológico *Boletim de psiquiatria* 32(1):20-25, 1999.

foi menor: 7%. (dados extraídos do site:<http://www.estado.com.br/edicao/pano/99/08/12/ger600.html>)

Mas, o que levaria as vítimas a adotar conduta tão autodestrutiva?

MARIA PAULA MAGALHÃES TAVARES DE OLIVEIRA e MARIA TERESA ARAÚJO SILVA <sup>13</sup> identificam as fases por que passam os jogadores, antes de atingirem a patologia:

*“1) Fase da vitória: As vitórias tornam-se cada vez mais excitantes e o indivíduo passa a jogar mais, com maior frequência, acreditando que é um apostador excepcional*

*2. Fase da perda - Nessa fase é típica uma atitude de otimismo não realista que passa a ser característica do jogador patológico.*

*3) Fase do desespero - Esse período é caracterizado pelo aumento de tempo e dinheiro gasto com o jogo e pelo afastamento da família, que percebe que o jogador não só não paga suas dívidas, como continua a jogar. Um estado de pânico aparece, uma vez que o jogador começa a se dar conta do tamanho de sua dívida. A percepção desses fatores pressiona o jogador e o comportamento de jogar aumenta ainda mais, na esperança de um ganho que possa resolver todos esses problemas. Alguns passam então a utilizar recursos ilegais para obter dinheiro, sendo frequentemente processados judicialmente. Nesta fase, é comum a exaustão física e psicológica, sendo freqüente a depressão e pensamentos suicidas. Quando a situação chega ao extremo, há suicídio, prisão, fuga ou procura de tratamento”<sup>14</sup>*

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, M.P.M.T., e SILVA M.T.A. Jogo Patológico: uma visão da literatura ABP-APAL 20(4)179-187, 1998.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, M.P.M.T., PACHECO E SILVA, <sup>a</sup>C. E SILVEIRA, D.X. um programa Assistencial para o transtorno de jogo patológico. Boletim de psiquiatria 32(1):20-25, 1999

Frente à sua crescente legalização, o jogo patológico, que até o século XX era considerado um problema de fracasso individual, passou a ser considerado uma questão de Saúde Pública, sendo incluído, em 1980, como categoria de distúrbio impulsivo pelos Critérios Diagnósticos do DSM-III, sendo relacionado a problemas conjugais, financeiros, emocionais e legais, entre outros.

Estudos científicos demonstram que o jogo patológico pode ser considerado um vício tão agressivo e perturbador quanto o vício pelo álcool ou por outras drogas, diferenciando-se pela existência de uma agravante: a dificuldade do seu tratamento:

*“O jogo patológico tem sido considerado por alguns autores uma dependência sem drogas. Há jogadores que descrevem sensações de alguma forma similares às experimentadas por usuários e dependentes de drogas. A qualidade da fissura, a exclusão de outras áreas da vida, o desenvolvimento de tolerância e a possibilidade de se experimentar uma síndrome de abstinência foram apontadas por diversos autores (Dickerson, 1977; Wray e cols. 1981; Custer, 1984).”<sup>15</sup>*

Cientistas de quase todo o Mundo, face ao crescimento desse vício e dos problemas a ele relacionados, já estão intensificando a pesquisa sobre alguns aspectos relativos aos jogadores compulsivos. Eis alguns índices oficiais sobre o crescimento desse vício entre os jovens e população em geral:

*“ Nos EUA acredita-se que de 1,4% a 3% da população seja de jogadores patológicos. Volberg e Steadman (1989), pesquisando três Estados norte americanos, relatam que a prevalência de jogo patológico varia de 1,4% a 1,5%. No Texas, pesquisas apontam 1,3% de jogadores patológicos e 3,5% de jogadores problema no*

---

<sup>15</sup> idem

conjunto da população adulta (Wallish, 1993). Em Quebec, Canadá, uma pesquisa telefônica apurou que 1,2% da população é formada por jogadores patológicos e 2,6% por jogadores-problema (Ladouceur, 1991). Em estudo realizado em Sevilha, Espanha, 1,7% da população foi classificada como jogadores patológicos e 5,2% como jogadores-problema (Legarda e cols., 1992). Bland e cols. (1993), utilizando a Diagnostic Interview Schedule, encontraram um índice de 0,42 % de jogadores patológicos em Edmonton. Na Nova Zelândia, Volberg e Abbott (1994) encontraram índices mais altos: 2,7% de jogadores patológicos e 4,2% de jogadores-problema. Na Holanda, estima-se que haja cerca de 800.000 jogadores, e que destes, de 20.000 a 140.000 tinham problemas por causa do jogo (Brink e Kerssemakers, 1994). Entre universitários o índice de jogadores patológicos é ainda maior. Pesquisa realizada entre estudantes de cinco estados norte americanos apurou que 15% dos universitários eram jogadores-problema e 5,5% jogadores patológicos e que o índice variava de acordo com o estado pesquisado (Lesieur e cols., 1991). Índice inferior foi encontrado em Quebec, considerando a mesma população: 2,7% dos estudantes eram jogadores patológicos (Ladouceur e cols., 1993). Igualmente, entre adolescentes, a incidência é superior à da população geral: em New Jersey, EUA, entre estudantes de 2º. grau, 91% dos alunos já havia participado de algum jogo de azar na vida, 86% havia jogado no último ano, 32% na última semana, sendo 5,7% dos estudantes considerados jogadores patológicos. A forma mais popular de jogo foi cartas a dinheiro, seguido por jogo em cassino (Lesieur e Klein,

1987). Em Quebec, pesquisa realizada entre 1.320 estudantes de 8 a 12 anos revelou que 86% já havia apostado a dinheiro, sendo a loteria a forma mais popular, seguida por bingo, jogo de cartas, eventos esportivos, eventos específicos, videopoker e jogos de habilidade (Ladouceur e cols. ,1994). Estudo conduzido a partir de observação em uma casa de recreação em uma cidade do litoral inglês também concluiu que jogo de azar é popular entre adolescentes, particularmente entre meninos, sendo que os pais muitas vezes facilitam o jogo (Griffiths, 1990). Pesquisa realizada entre 467 alunos de 11 a 16 anos revelou que 62% dos alunos havia jogado jogos de máquina na vida, 17,3% na última semana e 5,7 de forma patológica (Fisher, 1993). Dois por cento dos adolescentes com mais de 15 anos apresentavam problemas por causa do jogo e 5% foram considerados jogadores em risco em pesquisa realizada em Amsterdã (Brink e Kerssemakers, 1994)."<sup>16</sup>

Como se pode observar, os números são alarmantes, pois em todos os países, e possivelmente no Brasil, parcela significativa da população já apresenta sintomas da patologia, havendo grande possibilidade de que esses números aumentem em curtíssimo prazo, por força da grande exposição de jovens ao contato com os jogos ainda na fase de formação de sua personalidade.

No Brasil, a questão apresenta uma agravante, pois, além dos jogos regulamentados pelo governo, proliferam os bingos e jogos eletrônicos por todo o território, sendo oportuno lembrar o caso das combatidas máquinas caça-níqueis, as quais são de fácil acesso à população em geral, inexistindo qualquer diferenciação com relação à situação financeira e à idade, sendo vastamente divulgados na imprensa os casos de crianças que utilizam referidas máquinas como lazer.

---

<sup>16</sup> idem

#### 4. A ATUAL NORMATIZAÇÃO DO JOGO DE AZAR

Conforme acima comentado, a legislação pátria, no tocante aos jogos de azar, é bastante branda, considerando a sua exploração mera contravenção penal, prevista no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais, inserido no capítulo que prevê as contravenções relativas à Polícia de Costumes.

Salientamos que a contravenção ora comentada está inserida no capítulo relativo à Polícia de Costumes, quando nos termos dos estudos científicos pertinentes, os Jogos de Azar devem ser tratados mais seriamente, pois na medicina já foi considerado questão de Saúde Pública e inserido no rol do DSM IV como patologia, apresentando sintomas clínicos e tratamento específico.

O Professor Valdir Sznick, ao fazer uma breve análise sobre o objetivo da inserção do capítulo das contravenções relativas à proteção de costumes na lei de contravenções, expõe:

*“No presente capítulo visa-se a proteção aos bons costumes e à moralidade da sociedade; visa-se ainda (na punição do jogo, combate à ociosidade) a proteção ao trabalho. Bons costumes é a virtude, a moral pública, a decência e o pudor público.”<sup>17</sup>*

A exploração do jogo de azar sob a perspectiva atual não transgredir norma de conduta social, mas ocasiona dano muito maior, que é a saúde pública de forma geral e a incolumidade física e mental, das suas vítimas de *per se*.

Precisamos, para que não cometamos erros na análise penal da exploração dos jogos de azar, compreender que o seu combate não visa tão somente preservar o nosso “alto padrão moral”, mas que os jogos causam dependência como qualquer outro vício e podem levar o ser humano ao desespero e até à morte.

Percebe-se, claramente, que a vítima da contravenção do jogo de azar, sob a ótica do legislador de 1941, somente recebe alguma

---

<sup>17</sup> SZNICK, Valdir. Contravenções Penais. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1991, 2.ª edição.

proteção para que não se torne ocioso ou para que não arruíne a sua família: o viciado em jogos foi colocado no mesmo patamar que vadios, cuja conduta encontra-se tipificada dentro do mesmo capítulo, no art. 59, quando na verdade o jogador compulsivo apresenta uma patologia que merece tratamento sério e intensivo.

Ressaltamos, por fim, que o Projeto de Lei da Câmara nº 91, de 1996 (nº 4.652, de 1994, na origem), de autoria do Deputado José Fortunati, que “dispõe sobre a legalização da prática de jogos de azar”, visa autorizar a exploração de jogos de azar em hotéis, cassinos e hotéis-cassino, quer em locais de potencial turístico, quer em locais onde não haja outras alternativas para o desenvolvimento econômico-social, cabendo à União a regulamentação da lei e a fiscalização do seu cumprimento, por intermédio de um órgão (já existente ou a ser criado) a ser definido na regulamentação. Nesse projeto, o jogo do bicho é contemplado em separado, também sujeito à autorização disciplinada em lei estadual. Finalmente, altera o art. 50 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941) e o art. 58 do Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944 — ambos dispositivos que apenas a prática dos jogos de azar em geral e do jogo de bicho em particular — para que passem a referir-se a jogos praticados em desacordo com determinações legais.

## 5. CONCLUSÃO

A dependência em relação ao jogo de azar deve ser prevenida, tal como o vício pelas demais drogas consideradas ilícitas, pois causa, igualmente, danos à saúde, além de provocar inúmeros transtornos familiares, chegando ao absurdo de conduzir aqueles que não conseguem retomar o curso normal de sua vida ao suicídio.

O Estado, na sua função legiferante, deve ficar atento aos dados aqui expostos e àqueles oriundos de pesquisas que enfrentam o problema clínico da patologia, adotando uma postura de combate, ao invés de excluir do atual ordenamento jurídico a única norma de proteção à sociedade, qual seja a Lei de Contravenções Penais, que em seu art. 50 prevê uma pena, ainda insignificante, para aqueles que exploram essa atividade que, sob a ótica aqui enfocada, é tão perniciosa quanto a exploração do tráfico ilícito de entorpecentes.

Apresentamos, como objeto da conclusão deste trabalho, algumas sugestões que visam à criminalização da conduta de exploração do jogo de azar, elevando-a da categoria de mera contravenção penal, para a de crime.

Uma primeira idéia, seria a criação de tipo penal, cuja sanção se aproxime à do tráfico ilícito de entorpecentes, posto que os seus efeitos sociais e pessoais são bastante semelhantes.

Ressaltamos, ademais, que a repressão à exploração dos jogos de azar também representa um combate ao crime organizado, delito diretamente ligado ao tráfico ilícito de entorpecentes e de armas, pois, embora não exista qualquer estudo científico que tenha por objeto a comprovação de uma estreita ligação entre todos esses crimes, o certo é que há muitos anos a imprensa vem reiteradamente noticiando a íntima relação entre os grupos envolvidos na sua prática.

Outra proposta, que merece ser discutida, seria a criação de tipo penal inserido no capítulo Dos Crimes Contra o Patrimônio, com previsão de pena proporcional aos demais delitos ali previstos, pois, sem dúvida, a exploração do jogo de azar atinge igualmente o bem jurídico que referido capítulo busca proteger, qual seja, o patrimônio.

Os bens do Jogador, em especial os do patológico, merecem forte proteção da lei penal, uma vez que a dependência o torna presa fácil e indefesa, daqueles que extraem lucro fácil dessa atividade ilícita.

Em conclusão, reportamo-nos às palavras de Aníbal Bruno, para quem *fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública*, para afirmar que a sociedade, certamente, na questão relativa à proibição dos jogos, está a clamar por essa proteção.

## BIBLIOGRAFIA

1. SZNICK, Valdir. *Contravenções Penais*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1991. (2.<sup>a</sup> edição)
2. MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Contravenções Penais – Doutrina, Prática, Jurisprudência, Legislação*. São Paulo: Edipro, 1991.
3. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1997 ((1.<sup>a</sup> edição)
4. NORONHA, Magalhães. *Direito Penal, Parte Geral*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1971, 7.<sup>a</sup> edição.
5. FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. *Direito Penal, Parte Geral*, tomo 1. Rio de Janeiro: 1967, 3.<sup>a</sup> edição.
6. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: 1998. ISBN 85-7308-236-4
7. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Millenium: Campinas, 1997.
8. BONILHA, Márcio Martins. *Contratos de Jogo e Aposta*. In: *Contratos Nominados*. São Paulo: Saraiva, 1995
9. ALVES, Roque de Brito. *Criminologia*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1986.
10. FARIAS JÚNIOR. *Manual de Criminologia*. Curitiba: Editora Juruá, 1996, 2.<sup>a</sup> edição.
11. OLIVEIRA, M.P.M.T., PACHECO E SILVA, A.C. e SILVEIRA, D.X. Um programa Assistencial para o transtorno de jogo patológico *Boletim de psiquiatria* 32(1):20-25, 1999
12. OLIVEIRA, M.P.M.T. e SILVA, M.T.A. Jogo Patológico: uma revisão da literatura *ABP-APAL* 20(4)179-187, 1998

(\*) Advogada, Assessora do Ministério Público do Estado de Sergipe e Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

# AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E AS NORMAS EDUCACIONAIS: UM ABISMO ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

*Orlando Rochadel Moreira(\*)*

## INTRODUÇÃO

Pretende o presente trabalho analisar os dispositivos inseridos nas Constituições brasileiras relacionados à educação, cotejando-os com a cruel realidade verificada no Brasil e no Estado de Sergipe. As nações civilizadas e democráticas têm como Lei Maior uma Constituição, onde devem estar definidos os principais direitos e deveres da sociedade. Assim, o Brasil, ao longo de sua história, já teve sete Constituições. Passando ao largo da questão política e das fases autoritárias e democráticas que sacudiram a nação, a verdade é que sempre houve uma preocupação, pelo menos na teoria, com as questões educacionais.

Em um Estado de Direito, o ordenamento jurídico deve envolver, com sua brisa, a proteção aos direitos e garantias individuais, dentre os quais, a educação. O professor Jorge Carvalho do NASCIMENTO (2004) afirmou, em recente artigo, que “as discussões acerca da assistência à infância no Brasil ainda são, portanto, em certa medida, cheias de interpretações carregadas de preconceitos próprios da historiografia dos primeiros anos da República”. Essa importante afirmação alerta para o fato de que a análise deve ser feita a partir das perspectivas históricas do período e suas circunstâncias. Fato é, porém, que, seja qual for o período analisado, pode-se constatar uma distância imensa entre as normas legais de proteção a crianças e adolescentes, dentre as quais aquelas ligadas à educação, e as ações postas em prática pelos governos das esferas federal, estadual e municipal. O presente trabalho demonstrará tal assertiva.

Existem inúmeras obras que analisam a história da educação brasileira e que concluem apresentando um quadro de desleixo e abandono, com fácil visualização através de números e estatísticas apresentados pelo governo e organizações internacionais. Vale mencionar aqui as palavras de CURY (2000, p. 569):

O Brasil é ainda um país endividado com sua população. **Nossa cidadania educacional está longe de ser um exemplo. Convivemos com milhões de crianças fora da escola ou presentes na escola mas fora da idade apropriada [sem grifo no original]...Temos milhões de jovens e adultos que não tiveram a oportunidade de entrar na escola ou dela tiveram que se evadir mais cedo, por condições de sobrevivência ou por repetência. A educação infantil e o ensino médio ainda são privilégio.**

A legislação voltada para direitos e deveres de crianças e adolescentes inicialmente estava mais preocupada com o aumento da criminalidade infantil do que com as questões educacionais. Segundo a professora Alessandra Barbosa BISPO (2003, p. 14 e 15) “A legislação produzida no início do século XX, estava visivelmente preocupada com o aumento da criminalidade infantil. Essa legislação visava à proteção da criança e da sociedade, pois o objetivo era deter os que ameaçavam a ordem através da ação policial e do encaminhamento dessas crianças a instituições de assistência. Assim, ocorreu uma aliança entre a justiça e a assistência, legitimada com a criação do Juízo de Menores e do Código de Menores”.

A realidade sergipana não tem sido diferente da brasileira. Segundo a professora Maria Thetis NUNES (1984, p. 35), a história sergipana do século XIX aponta para elevados índices de ignorância e o analfabetismo.

Ainda segundo NUNES (1984, p. 38), a Assembléia Nacional Constituinte de 1823 chegou a discutir o artigo 250 com a seguinte redação: “Haverá no Império escolas primárias em cada termo, ginásio em cada comarca e universidade nos mais apropriados lugares”. Segundo a professora tal disposição fugia à realidade brasileira e a norma educacional foi alterada para determinar que a instrução primária fosse gratuita a todos os cidadãos. Tal fato reforça a tese de que no Brasil sempre houve uma distância muito grande entre a prescrição legal e a realidade verificada. Aliado a isso, o fato de que as questões educacionais sempre fizeram parte de discursos políticos que, via de regra, permaneceram discursos.

Corroborando esse entendimento, Benno Sander<sup>1</sup> citado por NUNES (1984, p. 253), afirmou que o então presidente da Província, Graccho Cardoso ,teria dito que havia “**falta de harmonização entre lei e prática, entre teoria e aplicação, entre o mito educacional e a realidade educacional**” [sem grifo no original]. O quadro sergipano, analisado com maestria pela professora, pouco foi alterado, embora, insista-se, a legislação seja de primeiro mundo.

## CAPÍTULO I

### DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As Constituições classificam-se quanto à sua origem em promulgadas, também denominadas democráticas ou populares, e outorgadas. As primeiras derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte, composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de elaborá-las, a exemplo das Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988; já as segundas, são elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época, como as de 1824, 1937 e 1967.

A primeira Constituição do Brasil foi outorgada no ano de 1824 e, no Título 8º, que tratava das “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, continha a seguinte matéria educacional:

(...)

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

XXXII. A Instrução primaria, é gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

---

<sup>1</sup> Sander, Benno. Educação Brasileira: Valores formais e valores reais. Livraria Pioneira Editora, 1977

O Estado comprometia-se a oferecer ensino gratuito e a zelar pela liberdade de ensino, permitindo a existência concomitante de escolas públicas e particulares.

A Constituição de 1891, mãe da república, foi promulgada e prescreveu, no seu artigo 72, parágrafo 6º, que “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”. A preocupação maior das elites republicanas era a da separação do Estado e da Igreja, o que, na prática, não se concretizou.

Além disso, a Carta de 1891 quebrou a unidade do ensino público, quando atribuiu aos Estados a responsabilidade pela instrução primária e à União e aos Estados, conjuntamente, o ensino secundário e superior. Aqui, mais uma vez, uma distância entre a norma e a realidade, já que subordinou o ensino a fatores econômicos e contingências verificadas nas diversas circunscrições da República.

A Carta Magna de 1934 foi promulgada e, a partir dela, pôde-se constatar um aumento no número de disposições constitucionais referentes à Educação, com a inserção de um capítulo específico para Educação e Cultura. O artigo 139, com uma redação que ainda permanece atual e necessária, dispunha que “Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito”. Em verdade, os analfabetos mencionados jamais receberam o prescrito “ensino primário gratuito”, principalmente pelo desinteresse dos patrões e da ausência de subsequente legislação ordinária que disciplinasse, na prática, a operacionalização do direito.

No artigo 149 a Educação foi apresentada como um direito de todos e dever da família e dos poderes públicos. Já o 150 definiu as competências da União, dentre as quais “fixar um plano nacional de Educação; liberdade de ensino em todos os graus e ramos; criação de sistemas de ensino nos territórios”. Eram disposições de vanguarda para os anos trinta:

(...)

Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País,

de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Art 150 - Compete à União:

(...)

Parágrafo único - O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, nº XIV, e 39, nº 8, letras a e e , só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas:

- a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos;
- b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível.

Além dos avanços mencionados, a Constituição de 1934 difundiu a gratuidade e o acesso à escola para as pessoas de todas as idades, assim como manteve as disposições constitucionais de 1891. Muita teoria, pouca prática.

O artigo 156, ainda da Carta de 1934, teve uma importância muito grande, na medida em que foram determinados percentuais mínimos de gastos com educação: “A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento [sem grifo no original], e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento [sem grifo no original], da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos”. Aí foram lançadas as sementes para novos investimentos em educação, que vão culminar com a implantação, décadas depois, do Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental – FUNDEF.

A Carta de 1937, outorgada, trouxe importantes disposições nos artigos 125 e 127, pertinentes ao binômio direito-dever à educação. O primeiro artigo estatuiu que: “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais...[sem grifo no original]. Já o 127 estabeleceu que:

A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as

medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

**O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação [sem grifo no original], e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.**

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Como se pode observar, ao mesmo tempo em que a Constituição garantiu vários direitos para as crianças e adolescentes, dentre os quais o direito à educação, ela também previu sanções para aqueles que, de maneira injustificada, deixassem de prover crianças e adolescentes, sob sua responsabilidade, dos cuidados materiais e intelectuais indispensáveis. Aliás, no Código Penal do Brasil, Título VII, Dos crimes contra a família, Capítulo III, Dos crimes contra a assistência familiar, estão expressamente previstos os crimes de abandono material e de abandono intelectual, artigos 244 e 246, respectivamente, nos seguintes termos:

#### **Abandono material**

**Art. 244.** Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

**Pena** - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 25.7.1968)

**Parágrafo único** - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono

injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 5.478 de 25.7.1968)**

(...)

#### **Abandono intelectual**

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Já o artigo 128 privilegiou a iniciativa privada, ao dispor que “A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares”. Além disso, o ensino primário continuou sendo obrigatório, conforme prescrição do artigo 130, nos seguintes termos: “**O ensino primário é obrigatório e gratuito** [sem grifo no original]...”.

A Constituição do pós-guerra, 1946, foi promulgada e reforçou as idéias apresentadas pelas anteriores.

A Constituição de 1967, outorgada, trouxe como novidade a obrigatoriedade do ensino dos sete aos quatorze anos, ao dispor, no seu artigo 168, § 3º, inciso II: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais”.

Além disso, cabe ressaltar que, diferentemente das Constituições anteriores, em que a exigência de ensino para os filhos de empregados de empresas estava condicionada a um número mínimo de trabalhadores, a de 1967, no seu artigo 170, passou a exigir essa obrigação de todas as empresas comerciais, industriais e agrícolas, que deveriam manter, pela forma que a lei estabelecesse, o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes. Essa preocupação era relevante e estava de acordo com a realidade vivida no Brasil, em que o número de analfabetos atingia níveis alarmante. Mais uma vez, porém, a disposição não saiu do papel.

E finalmente, a Constituição das Constituições, a Constituição Cidadã, promulgada no ano de 1988, em que a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, foi exclusivamente destinada à Educação.

Para demonstrar a importância e relevância do tema, já no Título II, Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II, Dos direitos sociais, artigo 6º, a Carta Magna elenca como primeiro direito social a educação, quando estatui: “**São direitos sociais a educação** [sem grifo no original], a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A Constituição, no seu mister de eleger a Educação como núcleo, não parou por aí, já que, no seu Título III, Da organização do Estado, no capítulo II, Da União, artigo 23, inciso V, estabeleceu responsabilidade comum e solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para proporcionar os meios de acesso à educação.

A obrigatoriedade da aplicação de percentuais mínimos de capitais públicos em educação não foi inovação da Constituição Cidadã, como já demonstrado. A evolução deu-se com a possibilidade, em caso de descumprimento da norma, de ser decretada a intervenção em Estados e Municípios, conforme estatuído nos artigos 34 e 35, da seguinte maneira:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:  
(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:  
(...)

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, **na manutenção e desenvolvimento do ensino** [sem grifo no original] e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios

localizados em Território Federal, exceto quando:

(...)

**III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino [sem grifo no original] e nas ações e serviços públicos de saúde.**

Conforme MORAES (1999, p. 281), “a intervenção consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Frise-se que a intervenção só pode ocorrer em situações excepcionalíssimas, já que representa uma quebra do princípio do Estado Federativo, em que seus entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) devem gozar de autonomia.

Está autorizada a intervenção, dentre outras hipóteses, para manter a integridade nacional e para garantir a ordem pública, além da já mencionada não aplicação dos recursos mínimos previstos em educação, a qual é colocada em elevado patamar de importância.

O artigo 205 fala da educação como direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, o que abre caminho para a atuação não governamental, através da sociedade civil organizada, bem como para a intervenção direta de novos protagonistas inseridos no cenário educacional, tais como o **Ministério Público**.

Como consequência, o Estado espectador, com administradores públicos fazendo a Política do “lavo minhas mãos”, deve dar lugar a um Estado com o DEVER-DIREITO de levar a Educação até o cidadão e, se for o caso, de buscá-lo em sua casa.

Segundo dados levantados entre março de 1991 e fevereiro de 1992, apenas na cidade de São Paulo, cerca de um milhão de crianças entre 4 e 14 anos estavam fora das escolas.

Os números apresentados pelo UNICEF – FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, sinalizam avanços, indicando

que, no ano de 1999, foram matriculadas na escola 95,4% das crianças entre 7 e 14 anos, elevando-se para 97% no ano de 2001.

Acontece que ainda há cerca de 1,8 milhão de crianças fora da escola e apenas 59% das crianças que iniciam o Ensino Fundamental (1ª a 8ª séries) completam os 8 anos de estudo, além de somente 27,3% dos adolescentes de 14 anos cursarem a série que corresponde à sua idade.

A situação é mais grave na região nordeste, que tem os menores índices de matrícula e os maiores de evasão escolar (cerca de 11%).

Segundo relatório da UNICEF, “para garantir a universalização da educação, o primeiro passo é identificar as crianças que estão fora da escola e esclarecer quais são as causas dessa exclusão: se elas trabalham, são portadoras de algum tipo de necessidade especial, estão doentes ou moram distante da escola”. Na verdade existe todo um arcabouço jurídico pertinente a esse DEVER-DIREITO do Estado na busca do aluno evadido, diretamente relacionado ao DIREITO-DEVER do cidadão em ver seu filho frequentando os bancos escolares.

Seguindo adiante na análise dos dispositivos da carta de 1988, pode-se concluir que as disposições existentes nos artigos 206 e 208, inciso I, se complementam, na medida em que o primeiro estabelece como princípio a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” e o segundo o dever do Estado para com a educação, efetivado mediante a garantia de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”.

Já o inciso VII do artigo 208, prescreve a garantia de “atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, **transporte** [sem grifo no original], alimentação e assistência à saúde”. A ressalva ao transporte é feita para destacar que em todo o Brasil, e mais particularmente em Sergipe, muitas famílias não têm recursos para custear o transporte de seus filhos para a escola e o Estado, que deveria fazê-lo gratuitamente, omite-se, o que pode ser constatado através do Censo Educacional.

Cabe também destacar a disposição do § 1º do artigo 208, ao determinar que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito

público subjetivo”. Isso quer dizer que qualquer cidadão pode fazer uso de um instrumento jurídico chamado mandado de segurança para garantir o acesso ao ensino.

Ainda no artigo 208, o § 2º prescreve que “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Claro está que não é faculdade do poder público oferecer ou não vagas para crianças e adolescentes em idade escolar. Ao contrário, devem existir e serem criadas tantas vagas quantas forem necessárias para abrigar aqueles excluídos do sistema educacional.

Disposição relevante consta ainda no § 3º do artigo 208, quando obriga o Poder Público a recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola. A matéria diz respeito à necessidade da busca e identificação das crianças que estejam fora da escola. A propósito o Estado de Sergipe é pioneiro na matéria, através da realização do Censo Educacional, com visitas a 100% (cem por cento) dos domicílios, já tendo sido identificadas e acompanhadas mais de 3.000 (três mil) crianças evadidas dos bancos escolares. Trata ainda o dispositivo do controle da evasão escolar e, nesse aspecto, Sergipe tem implantado o programa denominado de FICAI – Ficha de Controle da Evasão Escolar, que envolve a participação da escola, dos conselhos tutelares e do Ministério Público. Através dele, algumas escolas conseguiram reduzir a evasão de 50% (cinquenta por cento) para 5% (cinco por cento).

O dispositivo acima é complementado pelo artigo 4º, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a efetivação, por parte da família, da sociedade e do Estado, dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, bem como pelo artigo 53, ao dispor que:

A criança e o adolescente tem direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – direito de ser respeitado por seus educadores;
- (...)
- V – acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Como se observa, o acesso e permanência na escola pública e gratuita é um direito subjetivo público exigível na via Judicial.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no seu artigo 5º, dispõe que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, exigí-lo, competindo aos Estados e Municípios, em regime de colaboração, e com assistência da União, zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

O artigo 212 da Constituição Cidadã reza que “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”, cuja inobservância, como já demonstrado anteriormente, pode inclusive implicar na intervenção no Estado ou Município.

Mister ainda registrar o conteúdo do artigo 214:

A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à:

- I - erradicação do analfabetismo;
- II - universalização do atendimento escolar;
- III - melhoria da qualidade do ensino.

Nada mais apropriado, para demonstrar e se atingir os objetivos do presente trabalho, do que a transcrição do artigo 227 da Lei Maior:

**É dever da família, da sociedade e do Estado [sem grifo no original] assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação [sem grifo no original], ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.**

O dispositivo acima trata de uma gama de direitos assegurados às crianças na Constituição que, na prática, não passam de boas intenções. Saúde, alimentação e educação, dentre outros, são bens preciosos destinados, de forma excludente, a parcela mínima da sociedade.

A Lei Maior Sergipana, de 18 de maio de 1892, tratou superficialmente da questão educacional, determinando apenas que ao Poder Legislativo competia legislar sobre a instrução pública em todos os graus.

Já a Constituição Sergipana atual, promulgada aos 05 de outubro de 1989, contém inúmeros dispositivos referentes à educação, limitando-se a repetir as disposições da Lei Maior Federal. E, porque não dizer, também o Estado de Sergipe, a exemplo da União, insiste em manter divorciados uma Legislação Educacional moderna, e em pleno vigor, de suas práticas cotidianas.

## **CAPÍTULO II**

### **DAS REALIDADES EDUCACIONAIS**

Segundo o IBGE (2000) aproximadamente 84% da população brasileira com 5 anos ou mais de idade é alfabetizada e 16% é constituída de analfabetos, o que equivale dizer que aproximadamente 24 milhões de brasileiros ainda estão na idade das trevas, em que a cidadania é uma luz muito tênue no fim do túnel e em que a exclusão social decorre da exclusão da escola.

Embora nos últimos anos tenha ocorrido muito investimento no ensino fundamental, a exemplo do Fundo de Manutenção do Ensino Fundamental – FUNDEF, os dados apontam para a existência de um número significativo de pessoas situadas na faixa de escolaridade obrigatória (de 7 a 14 anos), cerca de 3.365.604, que ainda não foram alfabetizadas, inobstante a legislação garanta o acesso universal e gratuito, com a implementação de medidas para manter crianças e adolescentes na escola. Além disso, 6% de crianças e adolescentes situados na faixa etária do ensino obrigatório não estão ou nunca estiveram estudando.

Os levantamentos tornam ainda possível constatar que menos de 1/4 da população brasileira estuda, já que a população residente total é de quase 170 milhões de pessoas e o atendimento educacional global é de pouco mais de 53 milhões, com apenas 31,4% da população freqüentando a escola em 2000 (IBGE, 2000).

Também pode-se constatar uma relação direta entre a classe de rendimento nominal mensal per capita e a freqüência à escola, porque quanto maior a renda familiar, maiores as possibilidades de freqüência a um estabelecimento de ensino.

Ainda segundo o IBGE (2000):

- Das mais de 13 milhões de crianças com idade entre 0 e 3 anos, pouco mais de 1 milhão estão sendo atendidas no sistema educacional, o que equivale a 9,4% da população. Desses poucos contemplados, 64% estão em creches e 36% na pré-escola;
- Entre as crianças brasileiras de 4 anos, pouco mais de 1 milhão e 300 mil estão na escola, o que corresponde a um atendimento a 41% da população;

O item acima espelha bem a distância entre a norma educacional e a prática, já que 24% das crianças de 4 anos ainda estão em creches e 76% estão na pré-escola, o que contraria a Lei de Diretrizes e Bases – LDB, porque as creches devem atender a crianças de 0 a 3 anos, como ressalta o relatório do IBGE. E mais:

- As crianças de 5 e 6 anos de idade estão sendo atendidas pelas escolas num percentual

de 71,4% da demanda, assim distribuídas: 75% na pré-escola e 25% no ensino fundamental;

- No ensino fundamental obrigatório, para crianças e adolescentes dos 7 aos 14 anos, nota-se uma significativa ampliação do atendimento para as crianças de 7 aos 9 anos de idade: 94,3% da demanda. No entanto, cabe assinalar que, destas, 9% ainda estão na pré-escola;
- Ainda dentro da faixa de obrigatoriedade escolar, as pessoas de 10 a 14 anos estão sendo atendidas num percentual de 96,4%. Contudo, apesar de a grande maioria (próximo a 98%) freqüentar o ensino fundamental, quase 3% delas se dispersam em outros três níveis ou modalidades de ensino: ensino médio, pré-escola e alfabetização de adultos.

Os dois últimos itens acima retratam bem uma situação verificada no sistema educacional como um todo: a distorção idade-série. Nesse caso, as principais causas decorrem da repetência e, principalmente, da omissão estatal em implementar mecanismos eficientes de busca por crianças e adolescentes evadidas do sistema educacional.

E mais:

- A partir da faixa de 15 a 17 anos a curva de atendimento começa a declinar. Nessa faixa de idade apenas 77% dos jovens estão sendo atendidos pelo sistema educacional. A maior parte deles, já demonstrando defasagem idade-série, ainda freqüenta o ensino fundamental (55%). Um contingente de apenas 45% deles encontra-se no ensino médio;
- De um total de quase 147 milhões de pessoas com 7 ou mais anos de idade, os dados indicam que aproximadamente 1/3 deles teve ou tem escolaridade de 4 a 7 anos. Levando-se em consideração que a Educação

Básica exige um tempo mínimo de 11 anos de estudos, sem contar com a experiência e desenvolvimento cognitivo e social adquirido na Educação Infantil, somente algo em torno de 18% da população teve ou tem os anos de estudo necessários à sua formação básica.

Com relação à região Nordeste, os dados do IBGE (2000) apontam a impressionante marca de 11.612.287 pessoas de 5 anos ou mais não alfabetizadas.

Importante ressaltar que o IBGE, em suas pesquisas, considerou como alfabetizada a pessoa capaz de ler e escrever um bilhete simples. Isso implica dizer que o quadro é muito mais grave do que se imagina, já que o conceito atualmente utilizado, inclusive pela UNESCO, considera analfabetos funcionais aqueles indivíduos que não tenham habilidades suficientes para assegurar a sua participação e inserção na sociedade moderna.

Oportuno transcrever as conclusões do IBGE (2000) acerca da situação educacional brasileira:

**Um ponto central é a evidente falta de eficiência e efetividade do sistema educacional no sentido de garantir o acesso e a permanência do estudante na escola [sem grifo no original], na medida em que os resultados mostram, entre outras coisas: a existência de 24 milhões de brasileiros analfabetos; que menos de 1/4 da população brasileira estuda; que 44% da população só concluiu até a 3ª série do ensino fundamental; que quase 1/3 da população da área rural não teve acesso à educação; que 1/4 da população rural não tem escolaridade ou quando a tem não ultrapassa a 1 ano de estudo; que grande parte da população só conseguiu concluir, apenas, alguma das séries do ensino fundamental; que o número de não-alfabetizados tende a se ampliar na medida em que a faixa etária aumenta; a pequena**

participação da rede pública na oferta de vagas nos cursos de graduação; que somente pouco mais de 3% da população possui cursos de nível superior concluído; a existência de um significativo contingente de crianças, jovens e adultos com defasagem idade-série; que 6% das crianças de 7 a 14 anos não estão ou nunca estiveram estudando; a existência de mais de 3 milhões de pessoas sem alfabetização, na faixa etária de escolaridade obrigatória.

Ainda segundo o IBGE (2000), o Estado de Sergipe apresenta os seguintes dados relacionados a pessoas de 10 anos ou mais de idade:

- Total: 1.393.236
- Alfabetizadas: 1.084.659
- Taxa de alfabetização: 77,9%.

Da análise dos números se deduz que existam em Sergipe cerca de 308.577 analfabetos, correspondentes a 22,1% da população.

Em Aracaju o quadro é o seguinte (IBGE, 2000):

- Total: 379.641;
- Alfabetizadas: 346.269;
- Taxa de alfabetização: 91,2 %.

Logo, na cidade de Aracaju existem cerca de 33.372 analfabetos, correspondentes a 8,8 % da população.

Os números da capital Aracaju também indicam a existência de uma situação extremamente preocupante, quando, mais uma vez, a realidade se afasta, e muito, dos mandamentos legais de uma educação para todos.

Os dados abaixo, referentes à rede municipal de ensino e relacionados ao ano de 2002, espelham uma realidade crítica (PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACAJU, 2003):

- Evasão escolar: 21,30%;
- Reprovação: 20,80%.

Conclui-se, portanto, que 42,10% dos alunos matriculados na rede municipal aracajuana no início do ano abandonam a escola ou não obtêm sucesso nos estudos!. Isso significa dizer que dos 30.776 alunos matriculados no início do ano letivo, 6.555 se evadiram e 6.401 foram reprovados. Além disso, existem escolas em que o índice de reprovação ultrapassa os 30%.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já demonstrado, tanto nas Constituições promulgadas, quanto nas outorgadas, sempre houve uma preocupação com as questões educacionais que, raramente, redundou em medidas práticas que tornassem reais tão belas normas.

Como afirmou o professor José Murilo de CARVALHO (2001, p. 219):

Percorremos um longo caminho, 178 anos de história do esforço para construir o cidadão brasileiro. Chegamos ao final da jornada com a sensação desconfortável de incompletude. Os progressos feitos são inegáveis mas foram lentos e não escondem o longo caminho que ainda falta percorrer. O triunfalismo exibido nas celebrações oficiais dos 500 anos da conquista da terra pelos portugueses não consegue ocultar o drama dos milhões de pobres, de desempregados, de **analfabetos e semi-analfabetos** [sem grifo no original], de vítimas da violência particular e oficial.

Registre-se que o fato do direito à educação estar presente na legislação consiste em relevante avanço, já que, conforme BOBBIO (1992), "A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por 'existência' deve entender-se tanto o mero fator exterior de um direito

histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. A figura do direito tem como correlata a figura da obrigação (p. 79-80)". Certo também que a Carta Magna de 1988 não somente repetiu as disposições educacionais inseridas nas Constituições anteriores, como ainda ampliou-as a níveis excepcionais, que a tornaram um dos documentos mais importantes existentes em todo o mundo.

Porém a previsão legal não é tudo. Ainda existe um longo caminho a ser percorrido até que os alarmantes índices de analfabetismo e exclusão escolar existentes no Brasil, e particularmente em Sergipe, possam apresentar-se em patamares mais razoáveis.

As distorções idade-série, já comentadas, deixam antever a necessidade urgente da implantação de cursos específicos de aceleração e adequação. Isso para que os mais "atrasados" não tenham que carregar sobre seus ombros além da "ignorância" o "preconceito".

A legislação educacional é avançada, mas a realidade brasileira ainda está carregada de uma formação escravocrata e excludente. A universalização completa do ensino passa não somente pela construção de novos prédios, mas também pelo surgimento de novas consciências. O sistema educacional deve estar adequado para, além de possibilitar a continuidade dos estudos, permitir aos interessados a opção por uma educação profissional condizente com as realidades locais.

A professora Maria Luiza MARCÍLIO (1998, p. 228), ao fazer pormenorizado estado da história social da criança abandonada, concluiu que "Resta um longo caminho a ser trilhado, **visando aproximar a lei da realidade** [sem grifo no original] e garantir os direitos – diariamente violados – de milhares e milhares de crianças e adolescentes do País".

Frise-se que o direito à educação não está somente relacionado ao acesso e permanência no sistema escolar, mas também a uma educação com qualidade, com conteúdos educacionais bem definidos e pertinentes, além de professores reciclados constantemente e bem remunerados. Aliás, as Leis já prevêem essas circunstâncias.

A conclusão do presente trabalho tem síntese nas palavras do professor Luiz Antônio CUNHA (1991, p. 8) que está “convencido de que é absolutamente necessário, no Brasil, para voltar a desenvolver-se, e desta vez com Justiça Social, aplicar a totalidade dos recursos públicos destinados à educação, ao ensino público, universal, gratuito e laico” [sem grifo no original].

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BISPO, Alessandra Barbosa. **A educação dos menores abandonados em Sergipe: a cidade de menores “Getúlio Vargas” (1939-1954)**. São Cristóvão, 2003. 70 f. Monografia (graduação em Licenciatura Plena em História) – Departamento de História, Universidade Federal de Sergipe.
- BOBBIO, Norberto. 1992. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.
- CARVALHO, José Murilo. 2001. **Cidadania no Brasil – O longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- CUNHA, Luís Antônio. 1991. **Educação, Estado e Democracia no Brasil**. São Paulo: Cortez.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação como desafio na ordem jurídica. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes; VEIGA, Cynthia Greive (Organizadores). **500 anos de Educação no Brasil**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 567-584.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo demográfico 2000 – Educação – Resultados da amostra**. Rio de Janeiro, 2000.
- MARCÍLIO, Maria Luíza. 1998. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Editora Hucitec.
- MORAES, Alexandre de. 1999. **Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas.
- NASCIMENTO, Jorge Carvalho do. Ensino agrícola na província. **Jornal Cinform**, Aracaju, 29 de março a 04 de abril 2004. Cultura e Variedades, pensamento acadêmico, p. 04.

**NUNES, Maria Thetis. 1984. História da educação em Sergipe.**  
Rio de Janeiro: Paz e Terra.

**PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACAJU. SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO. Cadastro estatístico 2003 – Censo Escolar.**  
Aracaju, 2003.

**PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - Casa Civil – Subchefia para assuntos jurídicos – Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>.**  
Acesso em 30 de julho de 2004.

(\*)Promotor de Justiça; Diretor do Núcleo dos Direitos à Educação e Saúde do Ministério Público e Assessor do Procurador Geral de Justiça; Mestrando em Educação no Núcleo de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de Sergipe; Professor de Direito Administrativo da Escola Superior do Ministério Público, da Escola Superior da Magistratura e da Academia Sergipana de Polícia.  
E-mail: rochadel@infonet.com.br

# ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA REMISSÃO SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL

*Sílvia Roberto Matos Euzébio (\*)*

## 1. O CONFLITO DE ENTENDIMENTOS

Enquanto instrumento do Direito Penal Juvenil, a Remissão prevista no ECA tem sido fonte de divergências acerca da sua procedimentalização ou instrumentalização, que em verdade são decorrentes de sua compreensão unilinear, sem atenção quanto aos aspectos formativos ou integradores.

O conflito de entendimentos vem ocorrendo quando:

1º., diante da remessa ao **MINISTÉRIO PÚBLICO, VIA CARTÓRIO JUDICIÁRIO**, de autos de Investigação (seja contendo B.O.C., Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional, ou Relatório Policial), nos quais os infratores adolescentes tenham sido liberados ou entregues aos Genitores ou Responsáveis;

2º., o mesmo **MINISTÉRIO PÚBLICO** concede Remissão **requerendo** cumulativamente a sua Homologação e a Aplicação de Medida Sócio-Educativa, **APÓS A OUVIDA JUDICIAL DO INFRATOR**, quando não há utilização da fase do art. 179 do ECA, em razão da sua prescindibilidade;

3º. o próprio Juízo proclama **DECISÃO** manifestando o descabimento de tal **OITIVA JUDICIAL**, sustentando ser tal providência da alçada exclusiva do **MINISTÉRIO PÚBLICO** na forma do referido art. 179, sendo apenas “responsável” pela sua homologação e aplicação de medida.

Ora, se os aplicadores do Direito apresentam divergências na aplicação do instrumento do Direito Penal Juvenil, como fazer com

que os destinatários da Remissão, os adolescentes infratores, compreendam seu sentido?

## 2. A REMISSÃO

Como mais um instituto inovador do ECA, a REMISSÃO consta inserida substantiva, funcional e materialmente nos dispositivos dos arts. 126 a 128, 148, II, 180, II, 181, 186, §1º., 188, 201, II, assim estabelecidos:

“Art. 126 - Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.”

“Art. 127 - A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir e eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.”

“Art. 128 - A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.”

“Art. 148 - A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;”

“Art. 180 - Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

II - conceder a remissão;”

“Art. 181 - Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º - Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2º - Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.”

“Art. 186 - Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

§ 1º - Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão.”

“Art. 188 - A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.”

“Art. 201 - Compete ao Ministério Público:

I - conceder a remissão como forma de exclusão do processo;”

A partir dos conteúdos das primeiras disposições, ou seja dos textos dos arts. 126 a 128 do ECA, a Doutrina vem explicando a Remissão como:

*“Define-se remissão como o perdão do ato infracional praticado por adolescente. (...) É também a remissão, considerada transação e acordo. Embora tenha o perdão como resultado, ele é atingido através da transação, cuja popularização verificou-se através da Lei n. 9.099/95, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.”<sup>1</sup>*

O objeto do presente estudo fica limitado aqui aos aspectos da Remissão concedida pelo Ministério Público, portanto como forma de exclusão do processo, quando há inclusão ou condição do cumprimento de medida(s) sócio-educativa(s) (v. as expressões sublinhadas nos dispositivos dos arts. 126 e 127 acima transcritos).

Isto porque na Remissão simples, ou seja, sem cumulação de medida, onde ocorre o puro e simples perdão do ato infracional, na hipótese de concordância pelo Órgão Judicante, dado o exaurimento que a homologação produz, ela não possui condicionantes ou pressupostos. Situação diversa acontece na Remissão Cumulada, dada sua natureza de transação, e seu aspecto procedimental conexo ao material.

### **3. O NÃO RECONHECIMENTO DO ART. 179 COMO UMA FASE OU ETAPA PROCEDIMENTAL *SINE QUA***

As interpretações do ECA já apontam de forma unânime que a oitiva informal prevista no art. 179 não constitui uma condição de procedibilidade para o ajuizamento da AÇÃO SÓCIO-EDUCATIVA através da representação. Também o referido art. 179 não representa etapa procedimental.

Neste sentido a Decisão do TJSP em Acórdão relatado pelo Desembargador Yussef Cahali:

“Torna-se temerária e até perigosa a afirmação de que a representação ofertada em face de

---

<sup>1</sup> WILSON DONIZETI LIBERATI, in Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 6ª. E.d. Malheiros, pg. 107).

adolescente tem como pressuposto ou mesmo condição de procedibilidade a oitiva informal deste. Essa exegese não deflui do Estatuto da Criança e do Adolescente. (...) A concessão de remissão pelo próprio Promotor de Justiça não está vinculada à inquirição prévia do adolescente, mas à análise que esse representante do *Parquet* fará dos fatos e do conjunto probatório como um todo, posto que ligado o perdão com exclusão do processo não a fórmulas preestabelecidas em lei, mas e tão somente à sua convicção.” Ap. 20.136-0,j. em 13.10.94.<sup>2</sup>

Da mesma forma, não há como condicionar o oferecimento da Remissão à prévia oitiva informal do infrator pelo MP. Pois, se pode representar sem tal condição, o que dizer de conceder Remissão sem tal providência, quando entender pela sua adequação ao caso. *Qui potest plus, potest minus*.

Todavia, o que não é possível é confundir o momento ou ocasião da concessão da Remissão pelo MP, não sujeita exclusivamente à oitiva informal do infrator, com a imprescindibilidade da oitiva do infrator, máxime em razão do seu direito de defesa.

#### 4. A IMPOSSIBILIDADE DO MP APLICAR MSE

A possibilidade de o MINISTÉRIO PÚBLICO aplicar diretamente a Medida Sócio-Educativa foi afastada pelo STJ através da sua súmula n. 108, a partir da qual ficou bem firmado:

*“A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.*

---

<sup>2</sup> VALTER KENJI ISHIDA, in Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência, 3ª ed., Atlas, pg.283.

Ora, sendo assim, tal oitiva do infrator na fase do art. 179, além de dispensável, é também insuficiente, por si mesma, quando houver cumulação da Remissão com a necessidade de aplicação de Medida Sócio-Educativa.

É justamente por isso que é também inexistente a previsão da oitiva informal, do art. 179, do ECA, como rito processual intrínseco para concessão de Remissão em qualquer situação.

Aqui a integração judicial na Remissão começa a apresentar seu contorno fundamental, pois inexistente audiência processual sem a presidência de um Juiz.

O único momento para colheita da manifestação de vontade do infrator acerca da Remissão e das medidas requeridas com a sua concessão é diante do Juiz, Autoridade com competência para aferir as condições em que a aceitação desta remissão e das medidas propostas, dada a carga coativa e pedagógica.

Interessante ordenar a compreensão da Decisão Homologatória da Remissão Cumulada para a compreensão do seu momento anterior:

*“Não é demais assinalar que a dita “HOMOLOGATÓRIA” é, sem sombra de dúvida, de natureza CONDENATÓRIA, embora, com aspectos singularíssimos, através da qual o Poder Judiciário APLICA a medida cumulada com a remissão. Daí porque, ao contrário de tantos e tantos expertos na matéria infracional, aqui se aplaude efusivamente a súmula referida – que, reiterar-se, lida com atenção, NÃO exclui a possibilidade de o Ministério Público oferecer remissão cumulada com medida sócio-educativa e/ou protetiva.”<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> JOSÉ MARINHO PAULO JÚNIOR, in “A Ação Sócio-Educativa em Paralelo com a Ação Penal Pública Incondicionada”, <http://www.amperj.org.br/port/josemarinho03.htm>.

## 5. O DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA E À AUDIÊNCIA

Além da cláusula geral do direito à defesa, art. 5º., LV, a Constituição entendeu por bem explicitar no art. 227, §3º., IV, “a”:

*-"garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica."*

E por fim o ECA ainda disciplinou no art. 111,

“Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

III- defesa técnica por advogado” (grifo nosso)”

Sobre a amplitude e o sentido do Direito à Defesa, é bem posta a divisão didática do ensinamento do Douto GILMAR MENDES FERREIA, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal:

*“As dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos.(...)”*

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º., LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

-direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

-direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes o processo;

-direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do

juiz julgador capacidade apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas”.<sup>4</sup>

Constitui um equívoco interpretar o art. 181, “caput” e seu § 1º, em contexto de isolamento, de tal modo que uma vez concedida a Remissão mediante termo fundamentado, o procedimento comportaria apenas à autoridade judiciária homologar ou não homologar...

Primeiro, porque o fato dos dispositivos não falarem em oitiva judicial do infrator, e mesmo com a oitiva informal pelo MP, art. 179, como já exposto acima, não é suficiente para fazê-la prescindível ou dispensável.

Segundo, porque na hipótese de Remissão clausulada, que contém requerimento de aplicação de Medida sócio-Educativa não privativa de liberdade (que não pode ser aplicada diretamente pelo MP, como também já explicitado acima), e por constituir espécie de “transação”, dada a natureza bilateral (como explica Valter Kenji Ishida<sup>5</sup>), não há lugar para Decisão Condenatória sem oitiva do infrator.

E não há como restringir ao infrator direitos conferidos aos indivíduos criminosos ou não em geral, ou mesmo admitir que os primeiros possam renunciá-los.

Será possível admitir a natureza renunciável do direito e da garantia prevista no Estatuto em seu art. 111, V, do adolescente ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente? Lógico que não.

Será que a “autoridade competente” é somente o Representante do Ministério Público? Da mesma forma a resposta também é negativa.

Além da impossibilidade de renúncia à direito fundamental, a oitiva do adolescente pela Autoridade Judiciária, antes da homologação da Remissão concedida, decorre da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, por suas

---

<sup>4</sup> in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Celso Bastos Editor, 1998, pgs. 93/94)

<sup>5</sup> in *Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência*, 3ª ed., Atlas, pg. 199.

cláusulas da inafastabilidade da jurisdição, do Juiz Natural, e do devido processo legal, art. 5º. XXXV e LIII, LIV.

Da inafastabilidade ou reserva da jurisdição com seus conseqüências naturais resulta a impossibilidade da interpretação das disposições da Remissão no ECA a partir do seu molde de concepção através das disposições 11.1. e 14.1. das Regras das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing), de 1985:

**“11.1 Examinar-se-á a possibilidade, quando apropriada, de atender os jovens infratores sem recorrer às autoridades competentes, mencionadas na regra 14.1 adiante, para que os julguem oficialmente.**

**11.2 A polícia, o ministério público e outros organismos que se ocupem de jovens infratores terão a faculdade de arrolar tais casos sob sua jurisdição, sem necessidade de procedimentos formais, de acordo com critérios estabelecidos com esse propósito nos respectivos sistemas jurídicos e também em harmonia com os princípios contidos nas presentes regras.**

**14.1 Todo jovem infrator, cujo caso não tenha sido objeto de remissão (de acordo com a regra 11), será apresentado à autoridade competente (juizado, tribunal, junta, conselho), que decidirá de acordo com os princípios de um processo imparcial e justo.”<sup>6</sup>**

Portanto, tal confusão entre a Remissão e seu procedimento, vem produzindo decisões em que a manifestação do consentimento do infrator e da Defesa são as únicas condições a serem consideradas, deixando de lado que ambas devem necessariamente ocorrer em Audiência perante uma Autoridade Judiciária Competente.

É neste sentido que se ressalta a incompletude da Jurisprudência e da Doutrina quando assinalam separadamente as

---

<sup>6</sup> FUNABEM, COORDENADORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL/UNICEF/CBIA, novembro de 1988.

exigências do consentimento do infrator e de Defesa técnica, deixando de lado a ocasião e a forma:

“APELAÇÃO CRIMINAL – ECA – Ato Infracional. Remissão. Inverificação do consentimento dos menores. Impossibilidade. Sentença imotivada. Infringência ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Remissão e julgado que merecem ser anulados. Decisão Unânime.

Tendo a sentenciante discrepado das medidas sócio-educativas sugeridas pelo Parquet, forçoso se faz fundamentar as razões pelas quais optara pela aplicação de outra medida, máxime quando mais gravosa.” (TJSE, Câm. Crim., Acórdão n. 0392/2004, Rel. Des. Epaminondas Silva de Andrade Lima.)

“Embora esta exigência de defensor na audiência prévia com o Ministério Público não esteja expressamente prevista no ECA, decorre de uma interpretação sistêmica das garantias constitucionais asseguradas a todos.

Não é possível que se pretenda reviver nesta etapa pré-processual, porém decisiva, onde pode vir a ser concertado cumprimento de uma medida socioeducativa, um novo Juizado de Menores, sem possibilidade de defesa do adolescente, posto que evidentemente, frente ao Ministério Público estão os pais ou responsáveis do adolescente em flagrante desvantagem.

Visando à previsão legal expressa da presença de defensor nesta audiência já existe projeto de lei na Câmara dos Deputados, sendo que a proposta de Lei de Diretrizes Socioeducativas – LDSE contempla expressamente este caso em seu art. 12.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, in *Adolescente e Ato Infracional, Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*, 2ª. ed., Livraria do Advogado, 2002, pg. 60.

O Direito à defesa e a garantia do seu exercício somente podem ser concebidos enquanto inseridos em um procedimento.

## 6. A DEFESA EM UM PROCEDIMENTO JUDICIALIZADO DE REMISSÃO.

Somente é possível conceber o Direito à Defesa, enquanto Instrumento, em conexão com a Garantia de seu exercício. É portanto termo contextualizado, inserido num sistema.

A explicação recorrente na Filosofia Aristotélica, ajuda na compreensão:

*“Das coisas que se dizem (twn legómenon), umas são feitas com conexão (symplokén), com liame, outras, sem qualquer espécie de correlação. A correlação está a indicar um estado posicional (Ele se encontra sentado), uma possessão (Ele porta uma caneta), uma ação (Ele escreve), e outras categorias mais. O que é importante frisar é o aspecto atributivo que já aparece nesta primeira distinção aristotélica, pois, das coisas que se dizem, muitas se dizem sem que se coloque em correlação dois ou mais termos no jogo frásico do discurso. A simples elocução de um vocábulo descontextualizado e isolado não é hábil a significar e formar uma symplokém; dizer-se “caneta”, dizer-se “homem”, dizer-se “sentado”, não permite que da locução se perceba logicamente um estado, uma possessão, uma ação ou qualquer outro atributo.”<sup>8</sup>*

---

<sup>8</sup> EDUARDO C. B. BITTAR, in Curso de Filosofia Aristotélica, Ed. Manole, 2003, pg. 198.

Vale também conferir no mesmo sentido o ensinamento de Régis Jolivet sobre a oposição entre a realidade substancial e accidental, no seu Curso de Filosofia.<sup>9</sup>

A relação entre o Direito à defesa e seu exercício é mútua, inseparável, de possível compartimentalização apenas acadêmica. Daí porque hodiernamente tal como na cláusula do devido processo legal é reconhecido aspecto material (*substantive process*), também são encontráveis aspectos processuais (*procedural due process*) nos direitos fundamentais:

“As Constituições e os direitos fundamentais, assim como a Teoria mais adequada ao seu estudo, possuem também dimensão processual, que talvez seja a mais importante, especialmente se os considerarmos de uma perspectiva menos idealista e, logo, mais realista. Com isso, quer-se introduzir uma distinção. Distinguir, como explica em sua filosofia lógico-matemática SPENCER BROWN, é fazer uma marcação que divide o objeto estudado em dois lados. Em um dos lados, no nosso caso, situa-se aquilo que há de processual nos direitos fundamentais, que são o seu aspecto garantístico, onde se tem direitos, de natureza processual, que são direitos, material ou formalmente. Fundamentais.”<sup>10</sup>

Num sistema de garantia de direitos, não há lugar para simulações ou aparências. Assim não é suficiente o simples ajuste de Remissão no Gabinete do MP, ainda com a chancela da Defesa Técnica (Advogado ou Defensor) do infrator, para simples homologação judicial posterior, porque ela careceria do vício da ausência de *audiência* e não produziria efeito algum.

---

<sup>9</sup> Editora Agir, 20ª. Ed., pgs.276 a 278.

<sup>10</sup> WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, in Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, Celso Bastos Editor, 2ª ed., pgs. 39/40.

No rito do procedimento da Remissão que o Direito à defesa deverá ser exercido e realizado contextualmente, dada a conexidade de ambos:

“Portanto, a cláusula *due process of law* só tem sentido e efetividade se a garantia do processo não for meramente formal, mas real, com uma série de regras assecuratórias da defesa e presidido por um juiz revestido das garantias pré-faladas. Assim, a ordem constitucional brasileira não tolera qualquer decisão que envolva a liberdade ou a propriedade dos indivíduos que não provenha de um processo regido por regras claras permissivas do exercício do direito à defesa e que haja passado sob o crivo de um magistrado independente.”<sup>11</sup>

Tomando como exemplo o instituto da Transação Penal, em cujo procedimento necessariamente ocorre a apresentação de Proposta de Aplicação Imediata de Pena em Audiência Preliminar presidida por Juiz togado, com a oitiva do Autor do crime de Pequeno Potencial Ofensivo, da sua Defesa Técnica, e Homologação Judicial, cf. art. 76, da Lei nº 9.099/95, em obediência à conexidade do rito com os Princípios Constitucionais Processuais do Contraditório, Ampla Defesa, e Devido Processo Legal, seria um contra-senso que os mesmos direitos e garantias previstos fossem negados aos infratores menores de 18 anos.

Tal como a Proposta para Transação (*rectius*, de Aplicação Imediata de Pena) não pode ser confundida com o conjunto de atos que resulta na Transação, cf. arts. 98, I, da Constituição Federal e 76, da Lei n. 9.099/95, o instituto da Remissão não pode ser confundido com o procedimento para aplicação da Remissão. Será possível imaginar que alguém possa ajustar um acordo ou transação com reflexo na restrição da própria liberdade, sem que a sua manifestação de vontade não seja recepcionada por Autoridade Judiciária natural?

---

<sup>11</sup> EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, in *O Direito à Defesa na Constituição*, ed. Saraiva, 1994, pg. 46.

Ainda que o Membro do MINISTÉRIO PÚBLICO ajustasse a Remissão com o infrator e seu representante no gabinete, seja quando da oitiva informal ou outro “momento pré-processual”, tais manifestações de vontade não deixam de prescindir a necessidade de possibilitar formalmente à defesa a oportunidade de manifestação, ainda que seja para aquiescer em “momento processual” onde aquela vontade inicialmente manifestada possa ser objeto de aferição pela autoridade judiciária com os atributos necessários (imparcialidade e competência, etc.), ou seja, ouvida em audiência e aferida sua regularidade, inclusive quanto à efetividade da própria defesa.

E a concepção de ROBERT ALEXY acerca de procedimento nos auxilia no entendimento da aplicação da Remissão Convencionada com Medida Sócio-Educativa examinada:

“Los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de um resultado. Si el resultado es logrado respetando las reglas y o los principios, entonces, desde al aspecto procedimental presenta una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es defectuoso desde el punto de vista procedimental y, por ello, tiene una característica negativa. Este concepto amplio de procedimiento abarca todo lo que cae bajo la fórmula “realización y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento.” Así, no obstante notorias diferencias, las normas del derecho contractual y procesal definen igualmente procedimientos: las primeras establecen cómo puede crearse una obligación contractual; las segundas, cómo puede crearse um fallo.” (...)

Los Derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a uma “protección jurídica efectiva”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> in Teoria de Los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pgs. 457 e 472. (Tradução Livre: “Os procedimentos são sistemas

A compreensão das exigências operacionais do Sistema de Garantias de Direitos vai um pouco além da sinalizada pela Dogmática atual para que os operadores do Direito prestem a devida atenção, mas sem risco da ruptura 'completa' daqueles pilares fundamentais:

*“Transportando esses princípios para o Estatuto da Criança e do Adolescente sem outras citações, eis que não se busca, aqui, esgotar a matéria; fica inafastável a conclusão de que nenhuma medida sócio-educativa poderá ser aplicada a adolescente infrator sem que seja respeitado o devido processo legal. Assegurando-se, ao menor ampla defesa e direito ao contraditório”.<sup>13</sup>*

*“Importante salientar, por fim, que não há óbice em que o Juiz, exercendo seu poder de cautela, designe audiência para que as partes ratifiquem ou retifiquem o acordo submetido a homologação e que o controle da execução da medida aplicada por força da transação será realizado, sempre, pelo Juiz com intervenção necessária do representante do Ministério Público. (...) 4) O Juiz poderá ainda, tendo por*

---

*de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado a alcançado respeitando as regras e os princípios, então deste aspecto procedimental apresenta uma característica positiva. Se o resultado não é obtido deste modo, então, é defeituoso do ponto de vista procedimental, e por ele, tem uma característica negativa. Este conceito amplo de procedimento abarca tudo o que está submetido à fórmula 'realização e garantia dos direitos fundamentais através da organização e procedimento' Assim, não obstante as notórias diferenças, as normas de direito contratual e processual definem igualmente procedimentos: as primeiras definem como poder ser concebida uma obrigação contratual; as segundas, como pode ser criada uma sentença. (...) Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos são fundamentalmente direitos a uma "proteção jurídica efetiva."*

<sup>13</sup> JOSÉ JACOB VALENTE, in Estatuto da Criança e do Adolescente, Ed. Atlas, 2002, pg. 36.)

*inspiração a Lei 9.099/95, designar audiência para que as partes ratifiquem ou retifiquem o acordo submetido à homologação.*"<sup>14</sup>

Embora a Jurisprudência recente já sinalize indicando a audiência processual na Remissão como algo além do mero bom senso:

CORREIÇÃO PARCIAL. ECA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE REMISSÃO QUE INCLUI MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA, PELO MAGISTRADO, PARA OITIVA DO ADO-LESCENTE E DO RESPONSÁVEL, ACOMPANHADOS DE DEFENSOR. POSSIBILIDADE. EMBORA CAIBA AO MINISTÉRIO PÚBLICO CONCEDER REMISSÃO AO ADOLESCENTE, EM FASE PRE-PROCESSUAL, ISSO NÃO SIGNIFICA QUE A LEI TAMBÉM LHE PERMITA A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA, CUJA APLICAÇÃO RESERVOU AO PODER JURISDICIONAL ESPECIFICADO NOS ARTIGOS 146 E 148, I, DA LEI 8.069/90. DAI, NO MÍNIMO, O CABIMENTO DA DESIGNAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE MENOR E DE SEU REPRESENTANTE LEGAL, A FIM DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. APLICAÇÃO DA SUMULA 108, DO STJ. JULGARAM IMPROCEDENTE. (25 FLS - D) SEGREDO DE JUSTIÇA (OUTROS FEITOS Nº 70004415477, QUINTO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 13/12/2002).<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> JOSÉ RICARDO VIEIRA DE FREITAS, Remissão e Aplicação de Medida Sócio-educativa Através da Transação.

<sup>15</sup> ACERVO DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ABMP/UNICEF, CD-ROM, Edição 01, março 2004.

## **7. CONCLUSÕES**

É de fundamental importância dissociar a Remissão do seu procedimento, com a exigência de atendimento de todos os direitos fundamentais pertinentes: manifestação do infrator, presença de defesa técnica, e exercício desta defesa em audiência presidida por Juiz Natural.

Sem isto, a Remissão Cumulada padece de grave e incontornável vício invalidante.

Face ao que consta acima e apenas para suscitar formalização de entendimento prático com respeito ao Sistema Jurídico Constitucional, sem prejuízo das anteriores e de novas reflexões:

- A) A Remissão possui aspectos substancial e procedimental inserido num Sistema de Garantia de Direitos;
- B) A Remissão clausulada ou cumulada com Medida Sócio-Educativa importa carga coativa e pedagógica, além de pressupor ajuste ou transação;
- C) A Remissão no aspecto procedimental comporta necessária observância ao devido processo legal, material e processual, a ser efetivado perante o Juiz Natural, em rito com possibilidade do Direito de Defesa Técnica e seu Exercício;
- D) A Remissão não prescinde de formalização em audiência perante a Autoridade Judiciária com os predicamentos pertinentes.

(\*) Promotor de Justiça Titular da 2ª. Curadoria da Infância e Adolescente de Aracaju/SE, Pós-Graduado como Especialista em Direito Constitucional pela UFS/UFSC. e ex-Juiz de Direito.

# INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: MÉTODO ORIGINALISTA E NÃO-ORIGINALISTA

*Dayse Coelho de Almeida (\*)*

Como é possível que um minúsculo grupo de juizes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?” (Gargarella, - La justicia frente al gobierno)

## 1. INTRODUÇÃO

“Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundados” (CANOTILHO, 2000, p. 143). Essa definição basta no sentido de explicar o que é interpretar, entretanto encontra dificuldades no como interpretar e sobre que aspectos é ou não livre o intérprete.

A forma de interpretação e entendimento do conteúdo da Constituição é objeto de muitos estudos. A Constituição estadunidense, por ser a mais antiga dentre as escritas, sempre aguça a curiosidade sobre como uma norma tão antiga ainda pode servir aos dias de hoje e, ser prestável à maior das potências econômicas diante do avanço tecnológico e social por qual o mundo passa nestes tempos de globalização intensa.

A interpretação histórica ou método histórico de interpretação segundo BONAVIDES (2003, p. 406):

O método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura

enfim encontrar o legislador histórico, como diz Burckhardt, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos, da *occasio legis*.

Este tipo de interpretação é gênero do qual faz parte o originalismo, defendido por Robert H. Bork e criticado no Brasil por Luís Roberto Barroso por defender decisões conservadoras por parte da Suprema Corte Americana.

ALBUQUERQUE explica o que vem a ser a interpretação teleológica ou não-originalista, defendendo que este método é menos apegado ao texto original e utiliza-se de fragmentos extratextuais para alcançar a finalidade da norma, vejamos:

*Ao lado do método histórico-evolutivo, surge o método teleológico, que visa à interpretação do texto em função da finalidade da lei. Neste método é preciso, também, atender às relações da vida, da qual brotam as exigências econômicas e sociais, procedendo-se à apreciação dos interesses em causa, à luz dos princípios da justiça e da utilidade comum. E tal apreciação não deixa de exigir um certo poder criador, valorizador e vivificador, da parte do intérprete.*

Decomposto didaticamente por Luís Roberto Barroso, o método de interpretar as normas conforme a Constituição é assim apresentado:

1) Trata-se da escolha de uma interpretação legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-

se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas também um controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

Assim como no Brasil os Estados Unidos aceitaram que uma corte suprema pudesse rever todas as leis e atos presidenciais no tocante à legalidade (*judicial review*). Essa posição coloca A Suprema Corte como intérprete final da Constituição, posição símile à do nosso Supremo Tribunal Federal (embora não se trate de uma corte constitucional pura).

As constituições escritas estão sujeitas a desatualização e à impertinência de algum preceito diante de uma evolução social e, diante disto surgem as criações de direitos que não existiam no texto original. Diante disto inúmeras críticas surgem, porque ao final isto significa uma usurpação da função legislativa e uma atitude antidemocrática na medida em que ofende o princípio da separação dos poderes.

Estabelecer limites à criação em cima da Constituição parece tarefa árdua, mormente quando se observa a pluralidade de situações concretas e a redução dos casos previstos expressamente na Constituição. Porém isto não serve como justificativa para a usurpação de função legislativa.

O texto sob análise trata justamente disto, do confronto entre o atual e o que teria sido a intenção da constituinte originária. A principal motivação para o embate é que o verdadeiro intento constitucional não está sendo respeitado, o que faz surgir a idéia de controle sobre como se interpreta a o texto constitucional e que se deve obediência ao ideário original.

A teoria Originalista tem como finalidade principal a observância do que os constituintes originários empregaram de valor e de significado ao texto constitucional. Essa teoria é apenas mais um método interpretativo, que por sua própria definição é um molde no qual tenta-se colocar o conteúdo da norma, certamente imperfeito

como todos os demais métodos porque é estanque, não evolui de modo satisfatório.

## 2. A TEORIA ORIGINALISTA E NÃO-ORIGINALISTA

A teoria originalista de interpretação do texto constitucional baseia-se na busca pelas intenções dos fundadores americanos que elaboraram a constituição (constituinte originária), de modo a evitar manipulações políticas e econômicas nos julgamentos da Suprema Corte americana, além de reduzir o subjetivismo das decisões que dão primazia às predileções pessoais dos juízes sobre os interesses da nação. Para tanto, o auxílio histórico é evidentemente necessário para abstrair-se, se é que isto é possível, o verdadeiro significado da Constituição e estendê-lo aos dias atuais, abarcando assim situações não previstas pelos fundadores no texto constitucional.

A Constituição Estadounidense é do século XVIII o que, por si só, torna a busca pelas intenções dos fundadores distante da atual realidade. Aliado a isto a vagueza proposital do texto estadounidense realça a necessidade de dimensionar as palavras utilizadas no tempo e no espaço. Com o passar do tempo as palavras mudam de significado e de abrangência. Não podemos esquecer que um dia os negros foram escravos, passaram a libertos, estiveram sujeitos à discriminação e hoje, numa situação um pouco melhor estão sendo razoavelmente respeitados, como conciliar toda esta realidade numa só palavra no texto ou num conjunto de palavras? É óbvio lutante que houve uma adaptação. O cerne de toda a discussão do texto é a forma utilizada para se chegar a isto e o modo de controlar o arbítrio judicial em torno disto.

Se através do originalismo conseguir-se alcançar a intenção dos constituintes originários, pode acontecer de que esta intenção choque com os padrões atuais de juridicidade e de legitimidade da norma, o que força uma interpretação contrária se o que se busca seja a justiça apoiada na legalidade (*estrita e lato sensu*).

A busca pela intenção não fica no subjetivismo de quem analisa os dados históricos, mas finca-se na direção que os escritos apresentam como correta, deixando de lado o que os precedentes jurídicos informam e o que aspira o povo naquele momento, principalmente em questões constitucionais, onde há de se ter um guia mais seguro que as paixões populares.

A intenção dos fundadores foi criar uma constituição que durasse muito tempo, deixando-a vaga intencionalmente. Entretanto, a vagueza não serve de mote para imprimir subjetivismo excessivo nas decisões, nem para justificar uma usurpação de poder e criação de uma “elite privilegiada” eis que a Suprema Corte torna-se a própria constituinte na medida em que cria uma nova constituição ao sabor de suas próprias convicções, desprezando o poder soberano do povo de se autogerir e de se auto-determinar.

### 3. CONCLUSÃO

A controvérsia das teorias divide-se em: uma postura mais ativa por parte dos magistrados e, na tentativa de restringir a liberdade dos juízes. O originalismo acredita poder encontrar um sentido unívoco da Constituição, ao passo que o não-originalismo entende que não é possível alcançar esse sentido absoluto.

O primeiro refere-se à interpretação da Constituição que pode subdividir-se em dois ramos: o daqueles que acreditam ser possível extrair um significado unívoco da Constituição e, o outro, daqueles que entendem que a determinação desse significado unívoco é impossível de ser atingido.

Dworkin encontra dois tipos de valores na constituição: as concepções e os conceitos. Os conceitos são as intenções abstratas dos constituintes, caracterizados pelas expressões vagas, indeterminadas, as concepções são os preceitos mais concretos, claros e precisos, aos quais a literalidade basta para o entendimento. Para ele os tribunais tem margem dentro dos conceitos, porque estes são indeterminados, cabendo ao magistrado adequá-los à realidade, escolhendo o conceito moralmente correto. Esta escolha feita pelo tribunal é caracterizada pela filosofia moral aliada à filosofia jurídica, tudo encontrado dentro da Constituição, vista apenas com olhos ou lentes mais adequadas ao caso concreto e aos valores em discussão.

A idéia originalista, em primeira leitura, parece ser a única forma de fugir da “tirania dos juízes usurpadores” que fazem da Constituição um instrumento particular dos tribunais, retirando do povo uma carta de direitos que é sua, fazendo isto por meio da restrição do número de intérpretes da Constituição. Somente o embate de teses é meio realmente seguro de se evitar abusos por parte dos tribunais no poder-

dever de interpretar a Constituição. A tese originalista parte do pressuposto que o texto da Constituição basta em si mesmo, o que parece e é falso.

Existe uma zona de nebulosidade em qualquer texto e se o leitor deste não buscar em outras fontes o significado do que lê e as implicações do seu raciocínio, certamente irá surgir uma interpretação esdrúxula e esta sim, totalmente fora dos padrões constitucionais intentados pelo legislador constitucional. O que macula o não-originalismo é que está sujeito à ditadura da maioria, que pode ser prejudicial ao povo porque a Constituição Democrática abarca valores de todos, inclusive as minorias.

Como caráter conclusivo acerca do texto, apresento-me a favor das duas interpretações: a originalista e a não-originalista, porque os limites são necessários, mas não ao ponto de engessar todo o processo de evolução dos valores sociais. O que deve ser a todo modo evitado são os excessos, estes traduzidos na supressão de direitos e nas tendências, sempre totalitárias, de se impor o pensamento majoritário como verdade absoluta e imutável. O subjetivismo é algo talvez insuperável em todas as duas teorias, porém as soluções que agradam a todos não são possíveis de serem alcançadas, ao passo que temos que conviver com uma margem de arbítrio em tudo, inclusive nas decisões judiciais. O que mitiga este arbítrio é a necessidade de motivação, esta sim essencial em todos os casos. O conteúdo jurídico das normas não é matemático, de forma que sua análise também não o é, então é necessário que a análise sobre a constitucionalidade seja sempre estendida ao maior número possível de intérpretes, de modo a viabilizar uma discursividade plausível e assegurar um processo democrático de constitucionalidade das leis.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

**ALBUQUERQUE**, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997.

**BARROSO**, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

**BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

**CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.

**GARGARELLA**, Roberto. *A Justiça frente ao governo*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. Trad. José Rios Medeiros.

## BIBLIOGRAFIA

**BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

**BORK**, Robert H. *O que pretendiam os Fundadores*. In Revista de Direito Público, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 93, pp. 6-9, ano 23, janeiro- março 1990.

**CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.

**CAPPELLETTI**, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

**MAGALHÃES**, José Luiz Quadros de. *A Constituição democrática. Jus Navigandi*, Teresina, a. 1, n. 13, mai. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=84>>. Acesso em 17 maio 2004.

**MAXIMILIANO**, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

**SANTOS**, Osmane Antônio dos. *Propedêutica sobre o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional nos EUA*. Disponível na Internet: <<http://www.neofito.com.br>>. Acesso em 15 de maio de 2004.

**SILVA**, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *A Justiça frente ao Governo: Algumas notas*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15 de maio de 2004.

**SILVA, José Afonso da.** *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

**SILVEIRA, Vilani Mendes.** *A interpretação constitucional americana e a intenção dos constituintes*. Disponível na Internet: <<http://www.pgmfortaleza.ce.gov.br>>. Acesso em 15 de maio de 2004.

**TRIBE, Laurence H.** *Os limites da Originalidade*. In *Revista de Direito Público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 93, pp. 9-12, ano 23, janeiro-março 1990.

(\*) Bacharel em direito, egressa da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, pós-graduanda em Direito Público pela PUC/MG.

# CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Verônica Lazar Amado (\*)

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo da correlação entre a imputação efetiva e o *decisium* de mérito surge como necessidade diante da congruência que deve haver entre a atribuição formal de determinado fato e a retribuição jurídico-penal.

A correspondência entre o conteúdo da acusação e o da decisão julgadora é indispensável para constatação da fidelidade do processo penal.

Para o estudo pretendido será considerado o sistema processual penal adotado pela Constituição Brasileira em consonância com o devido processo penal.

Só haverá devido processo penal, quando respeitados os valores fundamentais do homem, tais como: liberdade, justiça, dignidade humana, igualdade e segurança jurídica, celeridade e publicidade do julgamento, defesa, contraditório, proibição da *reformatio in pejus* e proibição do duplo julgamento pelo mesmo fato.<sup>1</sup>

O processo penal não mais tolera a opressão. Ao contrário, representa instrumento de garantia dos direitos individuais do acusado e, portanto protetor da liberdade jurídica do indivíduo submetido à persecução criminal.

Corolário do devido processo penal, a correlação entre acusação e sentença engloba inúmeras garantias constitucionais colocadas ao dispor do acusado, em limitação ao *ius puniendi* do Estado.

---

<sup>1</sup> Cf. Alberto Suarez Sanchez *apud* Benedito Garcia Pozzer. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo. IBCCRIM, 2001, p. 23.

A sanção só poderá ser imposta no processo, mediante prévia acusação, por órgão distinto do julgador, assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

Não se pode olvidar o ensinamento de Luigi Ferrajoli, quando adverte; “se uma justiça penal completamente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal, completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”. E conclui: “De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal – como ademais toda atividade judicial – é um saber-poder, quer dizer, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa”.<sup>2</sup>

A necessária estabilidade das relações do indivíduo com o Estado exige completa atividade jurisdicional, com amplo conhecimento dos fatos e suas circunstâncias; por isso, a descoberta de novos acontecimentos, não apontados na acusação, enseja a adoção de providências pelo juiz tendente à observância da correlação. Resta saber até que ponto deve o julgador estender sua atividade cognitiva sobre os fatos imputados e possíveis descobertas de outros durante a instrução processual.

## 2. EMENDATIO LIBELLI

Por vezes, o julgador depara-se com erros do acusador quanto à classificação jurídica da infração penal descrita na peça acusatória. O fato apurado é o mesmo constante da denúncia. Diverge apenas o enquadramento legal. Imputa-se, por exemplo, um crime de roubo, capitulando-se a conduta como furto, mera subtração sem violência ou grave ameaça.

Diante dessa situação, acredita-se ser desnecessária qualquer providência pelo órgão acusador, podendo o juiz corrigir simplesmente a classificação realizada na denúncia.

Essa compreensão é expressa por Fernando Tourinho, ao asseverar: “Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido uma errada classificação da

---

<sup>2</sup> Direito e Razão. São Paulo: RT, 2002, p. 38-39.

infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal, o réu não se defende da capitulação do fato, e sim deste”.<sup>3</sup>

Tal concepção, entretanto não é plenamente correta. Situações existem em que o erro de classificação do delito poderá trazer prejuízos para o réu.

Weber Martins Batista traz dois exemplos interessantes que demonstram o prejuízo para a defesa diante da errônea classificação do crime na denúncia: “no primeiro, afirma a exposição de roubo consumado – autores da subtração mediante ameaça são encontrados logo depois, longe da esfera de vigilância da vítima, por uma patrulha policial, com o veículo roubado; são denunciados por roubo tentado, podendo o juiz condená-los por roubo consumado. Caso semelhante ocorre quando “trombadinhas”, mediante um *tranco*, derrubam a vítima no chão, aproveitando-se para subtrair-lhe dinheiro. Acusados por furto, com essa descrição, ao final são condenados por roubo”.<sup>4</sup>

*A verdade, no entanto, é que em muitos casos o réu será surpreendido defendendo-se de um crime e acabando por ser condenado por outro. Nos exemplos dados se o réu tivesse sido advertido pelo juiz sobre a possibilidade de condenação por roubo consumado, poderia a defesa discutir as questões de direito relativas ao problema da consumação e da descaracterização da violência.*

*Não resta dúvida que o réu se defende de fatos e não de números, mas é incontestável que a classificação incorreta dada aos fatos pode acabar prejudicando a defesa, que no processo penal não é apenas de simples defesa, mas ampla defesa.*

---

<sup>3</sup> Processo Penal, São Paulo: Saraiva, vol. 4, p. 198

<sup>4</sup> Direito penal e direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 162-163.

Conforme lições de Afrânio Silva Jardim, “... o salutar princípio constitucional da ampla defesa, no processo penal democrático moderno, não deve basear-se em uma concepção meramente individualista, como se o Direito não privilegiasse a realização do bem comum. O exercício da defesa no processo penal há de realizar também uma função social, a qual deve balizar o seu caminho ético a ser percorrido. Até porque, como já disse a professora Ada Pellegrini Grinover, “o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético”.<sup>5</sup>

Não é exagero afirmar o elevado número de nulidades decorrentes da incorreta aplicação da *emendatio libelli* em lugar da *mutatio libelli*. No afã de concluir o processo, por vezes, o julgador deixa de adotar as providências do art. 384 e parágrafo único do CPP, gerando, por conseguinte, a nulidade absoluta do processo.

Melhor seria que em caso de alteração da acusação – fática ou jurídica- fosse permitido o aditamento da acusação, renovando-se a defesa.

### 3. MUTATIO LIBELLI

Os acontecimentos narrados na denúncia podem ser modificados durante a instrução processual. Pode a inicial atribuir ao réu um fato e a prova colhida na instrução mostrar que o fato por ele praticado é diferente do que está descrito naquela peça.

Nesses casos, é prevista a alteração pelo juiz da imputação inicialmente atribuída ao réu, com o aditamento da denúncia, quando a nova definição jurídica do fato importe em aplicação de pena mais grave.

Inadmissível será o aditamento, entretanto, quando a alteração substancial ocorrer pela descoberta de fatos novos. Eis o porquê da expressão circunstância elementar. Só podem ser aditadas as circunstâncias ou elementos do mesmo fato, antes exposto na denúncia.

---

<sup>5</sup> Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 310

Fato novo, segundo José Frederico Marques, deve ser objeto de outro processo.

“Se o juiz entender que o réu praticou outros fatos delituosos, além dos que lhe foram atribuídos na denúncia, em conseqüência de prova existente nos autos, é seu dever dar a *notitia criminis* a quem de direito, nos termos do art. 40 do CPP. O procedimento do art. 384, parágrafo único, destina-se a regular a mudança da imputação e, de maneira alguma, a possibilidade de crescer outro fato delituoso, como nova acusação, ao que constitui objeto da denúncia”.<sup>6</sup>

O atual Código de Processo Penal determina ao juiz que baixe os autos à defesa em conseqüência do surgimento de elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa, permitida a ouvida de até três testemunhas.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, o procedimento estabelecido na *mutatio libelli* é autoritário na medida que permite a iniciativa postulatória do órgão jurisdicional. Autoritarismo que, aliás, colide de frente com o atual modelo acusatório, que reserva a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, com privatividade.<sup>7</sup>

Diante da possibilidade de nova definição jurídica do fato, deve o juiz baixar os autos ao M. Público para que formalize uma acusação, um direito do acusado.

Não andou bem o legislador quando apenas exigiu aditamento quando houver aplicação de pena mais grave. Nenhuma razão existe para essa distinção. Não importa se a pena irá ficar menor, igual ou maior, pois sempre deverá haver o aditamento. Melhor seria ter optado pelo aditamento, sempre que houvesse alteração substancial da imputação, fática ou legal.

Nos casos em que for cabível a *mutatio*, se o órgão do Ministério Público se recusar a oferecer o aditamento, por entender não ser

---

<sup>6</sup> Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 255.

<sup>7</sup> Curso de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 501.

possível a nova definição jurídica vislumbrada pelo juiz - tem a doutrina majoritária propugnado pela aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, com a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça. Caso também o Procurador Geral entenda por não aditar, restará ao juiz julgar nos limites da acusação.

De modo diverso dispõe o Código de Processo Penal Militar, artigo 437:

“O Conselho de Justiça poderá:

- a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la”.

Como se vê, não existe no processo penal castrense, a liberdade de julgamento prevista no Código de Processo Penal, art. 383, com espontânea e imediata correção da definição jurídica pelo julgador. Caso o Conselho de Justiça, no julgamento, entenda ser crime doloso, por dolo eventual, e o Ministério Público insista na acusação por crime culposo, deixando de aditar a denúncia, o acusado não poderá ser condenado, na forma entendida pelos julgadores. Vedada a *emendatio libelli*, sem o aditamento, ao Conselho de Justiça caberá absolver o acusado, ou condená-lo como quer a acusação.<sup>8</sup>

Note-se, por fim, que a regra inculpada no art. 384 do CPP, em qualquer de suas modalidades, somente pode ser aplicada em primeiro grau, porquanto, conforme entendimento do STF, através da Súmula 453, não se admite a supressão de instância.

---

<sup>8</sup> Cf. Benedito Roberto Garcia Pozzer, ob.cit., p. 196-197.

#### 4. CONCLUSÃO

O princípio da congruência (correlação entre o pedido e a sentença) no processo penal constitui uma regra inafastável na medida que obsta que alguém seja acusado por um fato e condenado por outro.

Acusação e sentença devem guardar simetria. O acusado para exercer o postulado da ampla defesa necessita saber exatamente qual a imputação que lhe foi atribuída pelo órgão acusador.

*A emendatio libelli*, pelo julgador, ofende ao devido processo penal. Surpreende tanto o autor da ação penal quanto o acusado.

O julgador, no sistema acusatório moderno, tem que manter a sua neutralidade integralmente preservada. Por isso, as correções na acusação por errônea classificação legal ou descoberta de novos fatos conexos aos descritos na denúncia devem ser realizadas somente pelo autor da ação penal.

O procedimento retificatório deve ser único. Diante da possibilidade de nova definição jurídico-penal, o juiz determina, em qualquer situação, a baixa dos autos, para aditamento, assegurado ao acusado o contraditório e ampla defesa.

Recusando-se o Promotor de Justiça a fazer o aditamento, devem os autos ser remetidos ao Procurador Geral de Justiça, aplicando-se analogicamente o art. 28 do Código de Processo Penal.

Concluo com os ensinamentos de Frederico Marques, quando manifesta-se de forma clara e concisa:

“A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional, pelo que o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido com que o órgão da acusação deduz a

pretensão punitiva. Os fatos descritos na denúncia delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional”.<sup>9</sup>

Aracaju, 13 de setembro de 2004.

(\*) Promotora de Justiça e Professora de Direito Penal da UFS

---

<sup>9</sup> Elementos de Direito Processual Penal, vol. 1, 1997, p. 181.

**PEÇAS PROCESSUAIS**  
**(2ª INSTÂNCIA)**

# MANDADO DE SEGURANÇA

*Mandado de Segurança – Preliminar suscitada de ilegitimidade passiva do impetrado – Rejeição da preliminar. Apreensão de mercadorias como forma de coerção ao pagamento de tributos – Indemonstração nos autos do alegado – Denegação do writ.*

## PARECER

Impetrou Pontimax do Brasil Comércio Atacadista de Produtos Eletrônicos Ltda., o presente mandado de segurança contra ato do Secretário da Fazenda do Estado de Sergipe, a quem indica de logo como autoridade coatora.

À inicial colaciona o necessário instrumento procuratório.

A argumentação desenvolvida é no sentido de que:

*“A impetrante, empresa destinada à comercialização de produtos eletro-eletrônicos, estabelecida no endereço acima, consoante seu comprovante de inscrição e de situação cadastral junto às Fazendas Federal e Estadual ora se junta (doc. 03 e 04), realizou vendas para empresa estabelecida no estado da Paraíba.*

*Destarte, a referida mercadoria estava sendo transportada pela empresa Rodoviário Cinco Estrelas, quando sofreu fiscalização da autoridade fiscal estadual no posto fiscal Antonio Manoel de Carvalho Dantas, em Cristinápolis.*

*Houve apreensão e o depósito das mercadorias, estando como depositário a Secretaria do Estado da Fazenda de Sergipe,*

*sob a alegação de que encontrava-se eivados de inidoneidade os documentos da ora impetrante, impondo-lhe o recolhimento de multa no importe de R\$ 17.661,00 (dezesete mil e seiscentos e sessenta e um reais) (doc. 05, 06, 07 e 08)” (fls. 2/3).*

Em seu pedido, requer “seja concedida a liminar acima referida, ordenando-se a imediata liberação da mercadoria apreendida, como também de sua nota fiscal, por meio do competente mandado de liberação” (fls. 07).

Pugna ao final, que “seja pelo Pleno deste Egrégio Tribunal dada a procedência do presente mandado de segurança, por fim confirmando a segurança ora impetrada” (fls. 08).

Após o deferimento da liminar, a autoridade apontada como coatora prestou as necessárias informações, fazendo-o de forma bastante clara, procurando demonstrar a legalidade do seu procedimento (fls. 42 *usque* 47).

Passemos, agora, ao deslinde da questão, tal como ela se nos apresenta.

Inicialmente cumpre-nos examinar a preliminar suscitada pela autoridade indicada como coatora e que diz respeito a uma suposta ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda, uma vez que este não seria a autoridade responsável pelo ato impugnado.

Afigura-se-nos incontestável que ao Secretário da Fazenda – que teria poderes para desfazer o ato acoimado de ilegal e abusivo – e não a qualquer outro funcionário que lhe seja subordinado cabe integrar a relação no pólo passivo.

Vêm a pêlo a lição de HELY LOPES MEYRELLES a tal respeito:

*“Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais e abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos*

*executórios e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior” (in Mandado de Segurança, pág. 22, 15ª ed., em negrito do original).*

*Do mesmo sentir é EDUARDO ARRUDA ALVIM:*

*“Cumpra extremar, ainda, a hipótese do ato ter sido praticado como decorrência de ordem de superior hierárquico daquela em que o ato é praticado por conta do próprio agente. Se a autoridade de menor grau hierárquico limitar-se a obedecer ordem superior, como decorrência desse vínculo hierárquico, é a autoridade superior que deve ser apontada como coatora – e não as duas, a superior e a inferior – mesmo porque, com a concessão da ordem, bastará que a autoridade superior, administrativamente, determine à inferior que se abstenha da prática do ato (ou que pratique o ato a respeito do qual indevidamente tenha se omitido” (in Mandado de Segurança no Direito Tributário, pág. 84, ed. 1998).*

Se a doutrina segue por esse caminho, a jurisprudência não deixa de seguir-lhe as pegadas, a partir do Pretório Excelso:

*“Legitimidade. Mandado de Segurança. Ato decisório e ato executório.*

*Define-se a competência para julgamento de mandado de segurança perquirindo-se o autor do ato apontado como de constrangimento. Estabelecida a situação a encerrar simples materialização por subordinado, ao qual escape a possibilidade de revê-lo, o mandado de segurança há que ser dirigido contra a autoridade que praticou o ato em sua origem, pouco importando o **status** daquele que o tenha simplesmente executado” (STF, RMS 21.387 – DF, 2ª Turma, j. 26.5.92, rel. Min. MARCO AURELIO, RTJ 143/853).*

Afigura-se-nos ser o quanto basta para, no caso concreto, identificar-se o Secretário da Fazenda como autoridade coatora, por ser esta a autoridade que, nos termos do art. 76, § 2º, da Lei nº 3.796/96 citada, possui poderes para sujeitar contribuintes à Regime Especial de Fiscalização.

Mas ainda que se não quisesse aceitar as ponderações acima, restaria observar que o Secretário da Fazenda produziu a defesa do ato inquinado.

Se é assim, se já não fora antes por ele responsável, teria passado a sê-lo, a partir daí, legitimando a competência.

Nesse sentido a copiosa jurisprudência:

**“Administrativo. Mandado de Segurança. Sujeito passivo. Autoridade impetrada. Ato do inferior encampado pelo superior. Legitimidade ad causam.**

**Superior hierárquico, ao defender atos praticados pelo inferior, os encampa, passando a ter legitimidade para figurar no pólo passivo de mandamus impetrado contra referidos atos” (STJ, ROMS 3960-SP, 2ª Turma, v. u., j. 22.3.95, rel. Min. AMERICO LUZ, DJ 8.5.95, p. 12356).**

**“Mandado de Segurança. Autoridade Coatora. Ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Defesa e informações do ato impugnado prestadas pela pessoa jurídica de direito público destinatária dos efeitos jurídicos da sentença. Preliminar afastada” (TJSP, Ap. Civ. 53.865-5, Sorocaba, 2ª CDPu, m. v., j. 9.2.99, rel. RIBEIRO MACHADO, CP/APMP).**

**“Não há ilegitimidade passiva ‘ad causam’ em mandado de segurança quando, em lugar da autoridade coatora, vem a juízo, assumindo-lhe a defesa do ato, a pessoa jurídica de Direito Público destinatária da eficácia da sentença” (TJSP, Ap. 81415-1ª Câm. v. u., j. 17.3.87, rel. Des. CESAR PELUSO, RT 622/76).**

**Não será necessário prosseguir.**

Em vista do exposto, ficamos em que é também de se repelir a preliminar.

Vamos agora ao mérito da questão.

É cediço que, o art. 58 da Lei nº 3.796, de 26 de dezembro de 1996, autoriza aos funcionários do fisco estadual no exercício de seus respectivos cargos, apreenderem mercadorias, livros e documentos, lavrando termo de apreensão e de depósito, como no caso concreto veio realmente a se verificar.

Todavia, não pode tal apreensão transmudar-se em forma de pressionar o infrator a pagar o débito fiscal.

Nesse sentido, aliás, a Súmula nº 323 do Pretório Excelso é definitiva:

*“Súmula nº 323 – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.*

Entretanto, no caso em tela, não fez prova a impetrante, de que teve suas mercadorias apreendidas pelos agentes do Fisco, com o intuito de forçá-la a saldar seus débitos para com a Fazenda Estadual.

Muito ao contrário, a prova que se fez é que a apreensão se deu em virtude das mercadorias estarem acompanhadas de Nota Fiscal Inidônea, conforme consta do Termo de Apreensão e Depósito anexado aos autos às fls.16.

Vale a pena transcrever trecho das informações pelo tanto de contribuição que as mesmas podem fornecer ao esclarecimento da questão:

“Diferentemente do que tenta demonstrar a impetrante, as mercadorias não foram apreendidas com o fito de forçá-la ao pagamento de tributo, tendo como real motivo da apreensão o transporte de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, comportamento que fere frontalmente a legislação tributária estadual.

In casu, vislumbra-se tal assertiva quando da análise do Termo de Apreensão e de Depósito nº 0100008281-6, de 08/08/2003 e do Auto de

Infração nº 91-008316-9, de 08/08/2003, que atestam estar o impetrante promovendo a circulação de mercadorias acompanhadas de nota fiscal eivado do vício insanável da inidoneidade, o que equivale em estar a mercadoria desacompanhada da documentação fiscal exigida em lei” (fls. 43).

Em verdade, tem se invocado a Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal como uma válvula de escape através da qual buscam se furtar aqueles que relutam, pura e simplesmente, em cumprir as suas obrigações de natureza tributária.

Está na hora, todavia, de aqui no Estado de Sergipe dar-se a tal súmula interpretação consentânea com o seu verdadeiro sentido, a exemplo do que vêm fazendo as mais diversas Cortes de Justiça do país, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assim se expressou em caso semelhante:

“Ementa: Mandado de Segurança. Ilícito tributário. Apreensão de mercadorias. Ausência de comprovação de regularidade ou regularização da operação tributada. Legalidade do ato da autoridade apontada como coatora. Indemonstrada a regularidade ou regularização da operação sujeita a incidência e ICMS, permanece o ilícito tributário e a legalidade do ato da autoridade administrativa de apreensão de mercadorias” (Apelo parcialmente provido por maioria. Segurança concedida em parte. Voto vencido pela negativa de provimento). (TJRS, Apelação Cível n. 599240926, Segunda Câmara Cível, Rel. João Armando Bezerra Campos, J. 27/10/1999).

Neste sentido, aliás, o próprio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe já teve ensejo de pronunciar-se acerca do assunto, senão vejamos:

“Ementa: Constitucional e Tributário – Mandado de Segurança – Apreensão de mercadorias –

**Nota fiscal inidônea – Inaplicabilidade da Súmula 323 do STF – Retenção necessária – Ilícito tributário – Segurança denegada. I – A apreensão de mercadorias acompanhadas de nota fiscal inidônea se justifica, não se aplicando ao caso a Súmula 323 do STF, por não se tratar de apreensão como meio coercitivo para a cobrança de tributos; II – A retenção das mercadorias em depósito se mostra necessária diante da ocorrência de ilícito tributário; III – Segurança denegada, cassando-se a liminar então deferida” (MS 207/03, proc. 200315894, Impte.: Comalgo Com. Ind. de Algodão Ltda; Impdo.: Secretário de Estado da Fazenda de Sergipe, Rel. Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, Acórdão 286/04, j. 18/02/2004).**

Se o contribuinte vem observando devidamente as leis tributárias, apenas não estando, por qualquer motivo, satisfazendo regularmente o pagamento de seus débitos para com o Fisco, não pode este – a fim de coagi-lo a efetivar tal pagamento – apreender mercadorias, onde quer que elas se encontrem.

Diferentemente ocorre com o contribuinte que é flagrado no cometimento de uma infração tributária, daquelas antevistas na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e outras que lhe sejam correlatas.

Aqui a situação é diferente: deixar de apreender mercadoria objeto de crime contra a ordem tributária, econômica ou contra as relações de consumo, além de constituir expressa afronta aos ditames do art. 119 do Código de Processo Penal, é postura que apenas contribuirá para a evasão de tributos de que tanto carece o Estado para desenvolvimento de suas atividades.

Que fique bem claro o que estamos a sustentar: se o contribuinte apenas está em débito com as suas obrigações tributárias, não pode o Fisco apreender mercadorias que lhe pertençam como meio coercitivo de obrigá-lo a satisfazer o pagamento de tributos. Para isso dispõe a Administração Pública de ação específica que é a de execução fiscal. Se o contribuinte, porém, é

surpreendido em pleno flagrante de infração fiscal, não há a menor dúvida quanto a legalidade da apreensão do objeto do crime que, no caso, é a mercadoria transportada ilegalmente, como, aliás, se a mercadoria fosse objeto de crime de qualquer outra natureza.

Em vista de tudo quanto exposto, no mérito, somos por que se denegue a segurança perseguida.

É o nosso parecer, s. m. j.

Aracaju, 04 de fevereiro de 2003.

*Bel. Eduardo de Cabral Menezes*  
PROCURADOR DE JUSTIÇA

APROVO:

Bel. Luiz Valter Ribeiro  
PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

## PROGRESSIVIDADE DO IPTU

- *Direito Tributário - Execução Fiscal - Embargos do Devedor - Apelação - IPTU - Progressividade - Constitucionalidade - Retroatividade da EC 29/00 - Seletividade - Pela Procedência do Apelo.*
- *O STF pacificou o entendimento de que a progressividade do IPTU com fundamento no §1º do artigo 156 deve observar as limitações dos §§ 2º e 4º do artigo 182, todos da Constituição Federal (RE 153.771/MG).*
- *Em relação ao crédito tributário constituído anteriormente à EC 29/00 incidem as restrições do entendimento até então consolidado.*
- *O estabelecimento de várias alíquotas, sempre crescentes e extrapolando a simples distinção entre imóvel construído e não construído, caracteriza progressividade.*
- *Pelo provimento da Apelação*

### PARECER

Carlos Waldemar Resende Machado interpôs a presente APELAÇÃO, combatendo a sentença proferida na 3ª Vara Cível da Comarca de Aracaju que indeferiu os embargos à execução fiscal promovida pelo Município de Aracaju nos autos do processo n. 200110301259.

Em 07 de junho de 2001, a Fazenda Pública municipal procedeu à execução fiscal dos créditos tributários relativos ao IPTU dos exercícios fiscais de 1996 a 1999, no montante de R\$ 8.308,11 (oito mil trezentos e oito reais e onze centavos). Transcorrido in albis o prazo para o pagamento da dívida ou a garantia do juízo, foi realizada, em 28 de janeiro de 2002, a penhora de um terreno de propriedade de MARIA AUXILIADORA DE ABOIM MACHADO E CIA.

LTDA., cujo sócio gerente é a Sra. Maria Auxiliadora de Aboim Machado, cônjuge do apelante.

Diante do novo prazo para defesa, o executado opôs Embargos à execução visando à decretação da inexigibilidade da dívida em virtude da inconstitucionalidade das alíquotas insculpidas na Tabela II do art. 147 da Lei municipal n. 1.547 de 29.12.89 (Código Tributário do Município de Aracaju), uma vez que as mesmas seriam progressivas, em contradição, portanto, com o princípio de que sobre impostos reais não se pode considerar a capacidade econômica do contribuinte.

A Fazenda Pública, por sua vez, propugnou pela constitucionalidade das alíquotas progressivas do IPTU, uma vez que o art. 156, § 1º consistiria num permissivo genérico à progressividade das alíquotas, não condicionado aos termos do art. 182, §§ 2º e 4º - hipótese específica. No mais, alega que, na eventualidade desta solução não vingar, as indigitadas alíquotas devem ser consideradas constitucionais em razão da promulgação da Ementa Constitucional 29 que permitiu expressamente a progressividade do IPTU sem prejuízo do disposto no art. 182, §§ 2º e 4º.

Em réplica, o embargante aduziu copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que a aplicação do art. 156, § 1º restou vinculada às limitações constantes nos §§ 2º e 4º do art. 182 da CF. Instado a manifestar-se, o ilustre representante do Ministério Público na primeira instância considerou de melhor alvitre não emitir parecer, uma vez que os interesses em conflito não guardariam pertinência com suas funções institucionais (fls. 50 a 52).

A douta juíza da 3ª vara cível, a seu turno, julgou os embargos improcedentes, sustentando que a EC 29, ao permitir a progressividade do IPTU sem prejuízo dos §§ 2º e 4º do art. 182, escolheu o art. 147 do CTMA de qualquer inconstitucionalidade. Diante disso, considerou prejudicado o pedido de declaração incidental de vício de constitucionalidade e, por conseguinte, toda a pretensão dos embargos.

Em suas razões, o Apelante alegou que a EC 29/00 não pode retroagir para sanar a inconstitucionalidade do art. 147 do CTMA, colacionando julgados do STF no mesmo sentido. Propugna, assim, que a alíquota de 0,8% seja a única declarada válida para o cálculo

do imposto. A Fazenda Pública, em contra-razões, alegou que se trata de seletividade e não de progressividade, pugnando, ainda, pela aplicação imediata da Constituição para situações ocorridas antes de sua edição.

É, em síntese, o relatório.

A respeito da progressividade do IPTU anteriormente à entrada em vigor da EC/29, serve-nos de paradigma o julgamento do RE 153.771/MG, porque sobre ele se firmou toda uma jurisprudência na Corte Excelsa a respeito do assunto. Eis como restou ementado:

**IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o subitem 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte. (RE. 153.771/MG, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 20.11.96).**

Como destacado, o primeiro óbice à instituição da progressividade do IPTU consiste na natureza real desse imposto. Isso ocorre porque a progressividade está jungida à noção de capacidade contributiva que, por sua vez, medita sobre os atributos da pessoa com o propósito de balizar o estabelecimento das alíquotas. Tal abordagem, contudo, não é compatível com os impostos reais, porque estes consideram a coisa em si e não a pessoa.

A progressividade em impostos reais, com efeito, somente pode ser admitida em caráter excepcional. Forte nesse sentido, o Min. Moreira Alves trouxe à baila, em seu voto, o escólio de Aliomar Baleeiro (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar), para o qual a progressividade em imposto sobre a coisa somente se justifica à luz de objetivos extrafiscais.

A interpretação do § 1º do art. 156, portanto, ficou condicionada aos termos dos §§ 2º e 4º do art. 182, uma vez que nestes a progressividade atua como um dos instrumentos à disposição do Poder Público municipal para compelir o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado a promover seu adequado aproveitamento, tendo em vista a função social da propriedade.

Uma vez que a progressividade do IPTU deve servir a um propósito extrafiscal, eis que este já foi definido pelo constituinte no § 2º, art. 182, qual seja, a função social da propriedade. Esta, por sua vez, é atingida quando se atende a exigências fundamentais de ordenação da cidade, que deverão ser expressas no plano diretor, in verbis:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação expressas no plano diretor.

No que tange aos exercícios fiscais de 1.996 a 1.999, não poderia ter sido instituído o IPTU progressivo de que trata o § 1º do art. 156 c/c §§ 2º e 4º do art. 182 porque não havia, nesse período,

plano diretor para o Município de Aracaju. E mais, também não havia sido aprovada lei federal que definisse as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano mencionada no caput do art. 182.

In casu, a tabela II do art. 147 do CTMA estabeleceu várias alíquotas para o cálculo do IPTU, distribuindo os imóveis em dois grupos, caso fossem construídos ou não. No caso dos imóveis construídos, foi estabelecida nova distinção de alíquotas, em função da destinação dada ao bem. Assim, ao imóvel residencial foi atribuída um alíquota de 0,8%; a hotéis, 1%; a comercial e outros prestadores de serviços, 1,6%; e a industrial, 2,4%. Para os imóveis não construídos, as alíquotas variam entre 2,5%, 3% e 4%, em relação, respectivamente, à área de até 200,00 m<sup>2</sup>, 300,00 m<sup>2</sup> ou acima de 300,00 m<sup>2</sup>. Por conseguinte, considerando a tabela como um todo, resta patente que as alíquotas estão dispostas de forma progressiva, variando desde a cifra de 0,8% até 4%.

Outrossim, emerge que a r. sentença está fundamentada na possibilidade a EC 29 tornar válida a indigitada norma infraconstitucional através da produção de efeitos retroativos a sua entrada em vigor, ad litteram:

Quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo controle difuso, com o advento da Emenda Constitucional 29/2000, entendemos como constitucional o art. 147, tabela II, do CTM, não havendo, por esta via, como o órgão jurisdicional declarar inconstitucional o dispositivo hoje recepcionado, caso entendessemos, como o autor, que se trata de alíquotas progressivas. (fl. 62)

Não obstante a motivação monocrática, é imperioso reconhecer que a constitucionalidade da norma em apreço deve ser analisada no momento da constituição do crédito tributário. Independentemente dos termos em que venha a permitir a progressividade do IPTU, a EC 29/00 não pode lançar seus efeitos para o passado por causa do princípio da irretroatividade das leis, que, ademais, encontra seu fundamento no princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, o STF oferece subsídios suficientes para firmar a validade das conclusões aqui alcançadas, *exempli gratia*:

Antes da edição da EC No 29/2000, este Supremo Tribunal decidiu que é inconstitucional qualquer progressividade do IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182, ambos da Constituição Federal. O Tribunal “a quo”, não divergiu desta posição. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AI 353180 AgR/RS, Rel(a). Min. Ellen Gracie, julgado em 03.09.2002).

“É inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, §1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal” (RE 153.771). Tendo sido a Lei Municipal de Belo Horizonte editada antes da EC 29/2000, aplica-se este entendimento. Nego, assim, provimento ao agravo. (AI 325852 AgR/MG, Rel(a). Min. Ellen Gracie, julgado em 03.09.2002).

No que tange à tese da seletividade, a Municipalidade de Aracaju aduz, em seu favor, a decisão prolatada no RE 229.233-7-SP (1ª Turma, Relator Min. Ilmar Galvão, julgado em 26/03/99) em que foi reconhecida a constitucionalidade da diferenciação de alíquotas entre imóveis edificados e não edificados, restando estabelecido que isso não significa progressividade no IPTU. Contudo, transcrevemos aqui a ementa desse RE, para, a seguir, sedimentar algumas distinções, ad litteram:

TRIBUTÁRIO. IPTU. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO. LEI NN. 5.44/93, ART. 25, REDAÇÃO DA LEI N. 5.722/94. ALEGADA OFENSA AO ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO. Simples duplicidade de alíquotas, em razão de encontrar-se, ou não, edificado o imóvel, que não se confunde com a progressividade do tributo, que o STF tem por inconstitucional quando não atendido o disposto no art. 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente

constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182 da Carta de 1988. Recurso não conhecido

Nesse diapasão, a razão que norteou o indigitado acórdão não incide no caso em tela, em virtude da diferença do substrato fático em cotejo. A Ementa trata de simples duplicidade de alíquotas entre imóveis edificadas e não edificadas, enquanto a Tabela II suso mencionada extrapola essa distinção instituindo uma multiplicidade de alíquotas com nítido caráter progressivo, uma vez que não somente estabeleceu distinção entre imóveis construídos e não construídos como também empreende novas diferenciações em cada caso. Logo, o Acórdão colacionado não apoia a pretensão do Apelante, antes favorece a tese do Recorrido, na medida em que a mesma Ementa ratifica o posicionamento pacífico do STF a respeito da conjugação do § 1º do artigo 156 com os §§ 2º e 4º do artigo 182 no sentido de limitar a possibilidade de estabelecer a progressividade do IPTU.

Em suma, antes da EC 29/00, a progressividade do IPTU somente era possível na hipótese de implementação da política de desenvolvimento urbano, na condição de existir um plano diretor, que in casu ainda não havia nos período de 1.996 a 1.999. Além disso, a EC 29/00 não pode retroagir para sanar um crédito tributário derivado de uma lei inconstitucional à época. Em arremate, os termos da tabela II do art. 147 do CTMA não consistem em uma simples duplicidade de alíquotas, restando infundada a alegação de seletividade, porque, de fato, as alíquotas são nitidamente progressivas.

Diante do exposto, pelo deferimento do recurso.  
É o parecer.

*Aracaju, 18 de agosto de 2004*

*Maria Izabel Santana de Abreu*  
PROCURADORA DE JUSTIÇA

## AÇÃO PENAL – CURADOR

- Ausência de curador na fase pré-processual, não tem condão de anular ação penal, face o caderno policial ser peça informativa.
- Não nomeação de curador no interrogatório judicial é suprida com a presença do defensor constituído.
- Negativa de autoria divorciada no quadro probatório, não tem força para reformar *decisum* condenatório.
- Registro de antecedentes criminais e personalidade delitígena, tornam inaplicável o benefício da substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

### PARECER

Agasalhando-se no art. 593, inciso I, da legislação adjetiva penal, apelou Adriano Rodrigues dos Santos, da sentença condenatória prolatada pela Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Estância.

O que lemos no *decisum* fustigado é que o Julgador, após análise do quadro probatório, condenou o Apelante a três anos de reclusão, por infringência ao art. 155 caput combinado com o art. 69, ambos do Código Penal.

O inconformismo com a prestação jurisdicional reside nos seguintes pontos:

- nulidade do processo por falta de assistência curatela ao Apelante na fase policial;
- fragilidade da prova para escudar decreto condenatório;
- inaplicabilidade da atenuante da menoridade, face ausência de documento hábil;
- aplicação do benefício preconizado no art. 44, do diploma penal repressivo;
- dosimetria da pena exacerbada.

Passemos, agora, a análise das razões do apelo.

Inicialmente, faremos um estudo sobre a preliminar levantada de nulidade ab initio do processo, face a não nomeação de curador, na fase pré-processual.

Com efeito, as eventuais irregularidades no caderno policial não viciam a ação penal, conseqüentemente, a não nomeação de curador no interrogatório extrajudicial não tem o condão de anular a ação penal.

Nessa seara a jurisprudência reza que:

“A falta de curador a réu menor no interrogatório extrajudicial não induz nulidade, pois se trata de mera peça informativa para a instauração da ação penal e não se submete às regras do contraditório”. JUTACRIM-SP 68/359.

Ademais, como bem assinala o Colega de primeiro grau às fls. 114, a nomeação de curador para menores de 21 anos, com o advento do novo Código Civil Brasileiro tornou-se despiciendo, tendo em mira que a maioria civil despencou para os 18 anos de idade.

Por outro lado, mesmo para os que entendem que a maioria civil não se comunica à ordem legal penal, a alegação de nulidade não tem suporte doutrinário e jurisprudencial.

A não nomeação de curador no interrogatório judicial, também, não torna nulo o processo, visto que a omissão foi suprida com a presença de defensor constituído no aludido ato.

O feito testifica que a autodefesa funcionou concomitantemente com a defesa técnica, não ocorrendo prejuízo.

A propósito transcrevemos a lição de Júlio Fabbrini Mirabete, in obra Código de Processo Penal Interpretado, que se adapta muito bem ao caso em tela.

“Com maior razão não é nulo o processo em que não lhe foi nomeado curador quando o réu tem assistência de defensor constituído”.

Trilhando no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

“Não é nulo, o processo penal, por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a

assistência de curador dativo. Súmula 352, do Supremo Tribunal Federal. O teor desta Súmula deve ser estendido, como o tem feito o Excelso Pretório, com muito mais razão, ao réu que tem defensor constituído nos autos, o qual, no vertente caso, tem, inclusive, presenciado a todos os atos processuais. Portanto, a falta de nomeação de curador, ao réu menor de 21 anos, que tem defensor constituído nos autos, não macula o processo judicial". RSTJ 54/386.

Portanto, descabe falar em nulidade.

Aduz, ainda, o Apelante, que o elenco probatório não espelha prova suficiente para agasalhar édito condenatório.

Tal assertiva não encontra o menor suporte fático nos autos.

A prova oral ,diga-se de passagem, devidamente analisada na sentença guerreada, testifica que o Apelante é o mero autor dos furtos denunciados.

As palavras das vítimas Evaldo de Jesus Silva (fls. 63) e Dernival Ramos da Silva (fls. 64) se encontram alinhadas entre si e com os depoimentos de Luiz Carlos Lima Rodrigues (fls. 65) e João de Oliveira Santos (fls. 66).

Roborando a prova colhida na instrução encontramos os autos de apreensões de fls. 09 e 20 e o termo de entrega de fls. 21.

E de mais a mais, a própria defesa nas alegações finais reconhece que a autoria delituosa restou comprovada, quando postula a redução da pena em dois terços e a detração (fls. 88).

Em juízo, o Apelante nega a autoria dos crimes. Tal retratação não fulmina a prova produzida diante da inverosimilhança com a cadeia lógica dos fatos.

Assim sendo, podemos afirmar que, inegavelmente, o decreto condenatório desenha a realidade probatória dos autos.

A defesa, mesmo postulando a nulidade já analisada, estranhamente, combate a aplicação da atenuante da menoridade, com o argumento de que o feito não apresenta certidão de nascimento do Apelante.

In casu, o excesso formal além de prejudicar o Recorrente, fere o almanaque probatório, (fls. 02, 10 e 42) e o momento processual.

Sobre o thema, citamos:

“Em segunda instância, dispensa-se demonstração documental de menoridade admitida desde o inquérito e afirmada na decisão de primeiro grau”. JUTACRIM 58/329.

Sem fundamento fático-jurídico, a defesa nas conflitantes razões do recurso, postula a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e questiona o quantum da pena.

Uma simples leitura no art. 44, inciso II, do Código Penal, é o suficiente para vislumbramos a inviabilidade, no caso sub judice, do benefício postulado.

Os antecedentes (fls. 31, 43 e 51), e a personalidade delitígena do Apelante, por si sós, demonstram que a sentença monocrática merece censura.

Finalmente, concluímos que o quantum da pena se apresenta fundamentado na sentença.

O édito condenatório se manifestou, claramente, sobre os antecedentes, a personalidade, as circunstâncias e as consequências dos crimes, todos desfavoráveis ao Apelante.

Isto posto, no universo de um a quatro anos, a reprimenda-base ser fixada em dois anos, não transgride a inteligência do art. 59, do Código Penal.

O sistema trifásico foi observado.

Portanto, a sentença foi prolatada dentro da dinâmica dos fatos e a dosimetria da pena foi ancorada na legislação vigente, razão pela qual não merece reparo.

Frente ao expendido, somos pelo conhecimento do apelo para se lhe negar provimento.

*Pedro Iroito Dória Leó*  
PROCURADOR DE JUSTIÇA

**PEÇAS PROCESSUAIS**  
**(1ª Instância)**

# MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO E APREENSÃO DE MERCADORIAS

Mandado de Segurança Preventivo. Apreensão de mercadorias pelo Fisco. Alegada ofensa à Súmula 323 do STF. Direito líquido e certo inexistente, pois que baseado em conjecturas. Indeferimento do *writ*.

## PARECER

A Impetrante manejou o presente **Mandado de Segurança Preventivo** alegando ameaça de ato do Sr. Supervisor do Posto Fiscal Antônio Manoel Carvalho Dantas, nesta cidade, no sentido de apreender mercadorias com o intento de cobrar tributos.

02. Conforme a Impetrante, “O justo receio decorre do fato de que os Fiscais de Tributos do Estado de Sergipe tornaram-se useiros e vezeiros na prática ilegal e abusiva da apreensão de mercadorias com o intuito de obrigar forçosamente o contribuinte a pagar débitos pendentes, contrariando jurisprudência da mais alta Corte de Justiça que mansa e pacificamente foi acatada pelos demais Tribunais de Justiça do país ...” (grifo do original).

03. Alega a Impetrante, ainda, que a Fazenda Pública possui os meios ordinários (legais) para cobrar tributos, na esteira do quanto disposto na Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais).

04. Invoca a Súmula 323 do STF, para justificar o “justo receio” necessário para a concessão do *writ*, mais ainda quando, conforme a Impetrante, a Fazenda Pública Estadual tem por costume apreender mercadorias oriundas de outros Estados da Federação, somente as liberando com o pagamento do respectivo imposto devido, o que denota a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

05. Por fim, requer a concessão preventiva de medida liminar, “determinando que a Autoridade Coatora não efetue a apreensão de mercadorias da Impetrante devidamente acobertadas por notas

fiscais oriundas de outras Unidades da Federação, como via oblíqua de cobrança de tributo” (grifo do original).

06. Às fls. 27/29, a MM. Juíza desta Comarca, em laboriosa decisão, entendendo existente o justo receio a que alude o Impetrante, além do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, concedeu a liminar pleiteada, determinando que o Impetrado “se abstenha de apreender mercadorias de propriedade da impetrante, devidamente acobertadas de nota(s) fiscal(is), provenientes de outras unidades da Federação, com fulcro no art. 7º, II, da Lei 1.533/51”.

07. Em suas Informações (fls. 32/34), a Autoridade Coatora afirma inexistirem os requisitos autorizadores do *mandamus*, porquanto não há, nos Autos, qualquer prova “que demonstre a possibilidade de futuras e possíveis apreensões de mercadoria, nem mesmo que estas tenham ocorrido em passado recente ou longínquo da vida empresarial da impetrante” (grifo do original).

08. No mais, entende a Autoridade Coatora que o comando exposto na Súmula nº 323 do STF não é absoluto, não alcançando a “apreensão proveniente de ilicitudes praticadas por contribuinte”.

09. Por fim, requer a improcedência do *writ*, com a conseqüente revogação da liminar deferida.

10. Relatados os Autos, manifesto-me.

11. A Impetrante requereu a concessão do presente *mandamus* sob a alegação de que tem justo receio de que suas mercadorias sejam apreendidas pela autoridade Coatora, em desrespeito à Súmula nº 323 do STF, tendo em vista a prática reiterada da Fazenda Estadual neste sentido.

12. A liminar requerida, conforme já enfatizado, foi deferida (fls. 27/29).

13. Pois bem. Parece-me que a questão transita na (má) compreensão que se tem feito do preceito sumular em apreço. A Súmula 323 do STF tem a seguinte redação:

“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

14. Ao nosso sentir, não se pode emprestar à referida Súmula mais do que ela quis dizer. Conforme ficou assentado pelo pretório excelso, só é inadmissível a apreensão de mercadorias quando esta servir de meio coercitivo para o pagamento de tributos.

Neste passo, *mutatis mutandis*, se a apreensão se deu por motivo outro, a mesma não é inadmissível.

15. Nestes termos, com a devida vênia aos que entendem em sentido contrário, e, em especial, a prolatora de decisão liminar de fls. 27/29, mesmo porque se trata, sem favor algum, de magistrada das mais cuidadosas e competentes, não restou comprovado, no caso em tela, o justo receio necessário para a concessão do *writ*, nem tampouco a fumaça do bom direito e o perigo de demora.

16. Como já asseverado, a Súmula 323 do STF refere-se apenas às apreensões feitas pelo Fisco como meio coercitivo de cobrança de tributos. Contudo, nem toda apreensão de mercadorias dar-se-á com tal finalidade. Vejamos, a título de exemplo, o caso de um carregamento com nota fiscal manifestamente “forjada”, cujo sujeito passivo tributário não seja, desde já, identificável. Neste caso, como o Fisco poderia formatar o crédito tributário, para posterior cobrança, sem que a carga fosse retida (apreendida) para averiguação fiscal, cuja finalidade seria a identificação do sujeito passivo tributável?

17. É de se ressaltar, em tempo, que a apreensão de mercadorias, nos moldes do debate travado, só está abarcando as apreensões fiscais, não se discutindo quanto à questão penal, seara esta onde, também, a apreensão de coisas (em sentido lato) é possível, desde que necessária para a deflagração da respectiva ação penal.

18. O fato é que a concessão da segurança, nos moldes pleiteados, não nos parece possível, vez que o Impetrante refere-se às apreensões “devidamente acobertadas por nota fiscal”, pleito este marcado pela imprecisão e subjetivismo, e que retira dos prepostos do Fisco o mister da fiscalização integral fiscal, aqui, sim, revestindo-se em ordem judicial com a roupagem de verdadeiro “cheque em branco”.

19. Neste diapasão, entendo que, ainda aquelas mercadorias “devidamente acobertadas por nota fiscal”, devem merecer a necessária fiscalização fiscal, ante a possibilidade, ainda que tênue, de ser imprescindível a apreensão, por razões outras que não aquelas

---

<sup>1</sup> Apelação Cível nº 70005055470/RS.

expostas no preceito sumular. Inclusive, assim tem se manifestado os Tribunais, em remansosa jurisprudência<sup>1</sup> (grifou-se):

“TRIBUTÁRIO. ICMS. INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. APREENSÃO DE MERCADORIAS. PODER DE FISCALIZAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO LEGAL. SÚMULA 323 DO S.T.F. A Súmula 323 do S.T.F. só considera ilegal a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para pagamento de tributo. Hipótese em que a retenção não configura meio coercitivo ilegal, mas medida destinada a fazer cessar a infração.”

20. No mais, da análise dos Autos, infere-se que o alegado justo receio ou ameaça de violação a direito líquido e certo, por ato ilegal ou abusivo da autoridade fazendária, consistente na apreensão de mercadoria, com o suposto propósito de coagir o contribuinte ao pagamento do tributo, não se mostra suficiente ao fim a que se almeja, ainda porque tal “ameaça” se baseia em conjecturas, não havendo prova intransponível de que os prepostos do Fisco irão apreender mercadorias da Impetrante, *com o fim coercitivo de cobrar tributos*, pois, como visto, nem toda apreensão tem, necessariamente, tal finalidade.

21. A propósito, em sede de Mandado de Segurança preventivo, o **justo receio** alegado pelo Impetrante há de ser calcado em **critérios objetivos**, com prova insofismável do ato representante da suposta ameaça, dado este fundamental para a concessão do *mandamus*.

22. Neste sentido, convém mais uma vez destacar que existem situações em que a apreensão de mercadorias possui respaldo legal, como aquelas, *v.g.*, em que não haja outra maneira para se apurar o montante do tributo devido, ou quando não seja possível a identificação do contribuinte (sujeito passivo tributário), ou, ainda, quando existente manifesto indício de fraude, sendo, nestes casos,

perfeitamente lícito a autoridade fiscal proceder à apreensão para apurar tais fatos e lavrar o respectivo auto de infração, sob pena do Fisco não ter como, posteriormente, constituir o crédito tributário, e proceder a respectiva cobrança.

23. Esse é, inclusive, o entendimento da melhor doutrina, conforme se depreende das lúcidas palavras de HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO<sup>2</sup>:

“Existem algumas situações em que a apreensão de mercadorias não conflita com a Constituição. Nos casos em que não haja outra maneira de se comprovar a ocorrência da operação considerada irregular, não existam condições para se apurar o montante de tributo devido, ou não seja identificado o contribuinte, é lícito à autoridade administrativa proceder a apreensão para apurar tais fatos e lavrar o respectivo auto de infração.” (grifou-se)

24. Em tempo, é válido sublinhar, mais uma vez, que, para a concessão do *writ*, mister se faz a existência do **justo receio**. No caso em tela, não há que se falar em justo receio, mesmo porque, como já dito e redito, as apreensões realizadas pelo Fisco não são, necessariamente, contrárias ao que dispõe a Súmula 323 do STF.

25. Quanto ao justo receio, a jurisprudência não refuta a tese aqui esposada, antes com ela se amolda, conforme se depreende da decisão que segue:

“Embora a lei fale em justo receio, só se admite segurança quando houver ameaça de lesão, objetiva e real; vale dizer, ameaça traduzida por fatos e atos, e não decorrente de mera suposições, e que seja atual, no momento, não bastando ter existido há tempos e estar desaparecida no momento” (TJMG, Ac. unân.

---

<sup>2</sup> *In* Apreensão de mercadorias e indenização por perdas e danos. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1327>>. Acesso em: 08 ago. 2004.

<sup>3</sup> *In* Do Mandado de Segurança. n. 91, p. 106 e ss.

Da 4ª, CC, publ. Em 12.02.87, AMS 69.040, rel. Des. Capanema de Almeida, ADV 32.090).

26. De igual sorte é o entendimento da doutrina, conforme se vê na lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI<sup>3</sup>:

“O justo receio, a que se refere a lei deve ser entendido como ameaça objetiva e atual, isto é, que exista, efetivamente, no momento da impetração, não sendo suficiente que tenha existido ou que o impetrante, intimamente, pressinta.”

27. O mestre ALEXANDRE DE MORAES<sup>4</sup> assim se manifesta sobre o tema:

“Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança”.

28. O saudoso constitucionalista CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>5</sup>, ao se referir sobre a expectativa de direito, em sede mandamental, assim se manifesta:

“O mandado de segurança não ampara mera expectativa de direito. Segundo o Min. Sálvio de Figueiredo, ‘direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, pressupõe a demonstração de plano do alegado direito e a inexistência de incerteza a respeito dos fatos’ (Recurso Especial nº 10.168-0, publicado no DJU de 20 abr. 92, p. 5256). Deve se constatar o direito como efetivamente existente”.

---

<sup>4</sup> *In* Direito Constitucional. Ed. Atlas, 9ª edição, p. 159.

<sup>5</sup> *In* Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, 19ª edição, p. 239.

29. Isto porque o Mandado de Segurança é remédio (na verdade, ação) constitucional concebido para “proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas corpus’ ou ‘habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX, da CF).

30. in casu, não se vislumbra, ao nosso sentir, o direito líquido e certo exigido pela Constituição. Este, conforme se depreende das lições de DI PIETRO<sup>6</sup>, “... é o direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado a juntamente com a petição inicial. No Mandado de Segurança inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito”.

31. E, pondo pá de cal no assunto, valemo-nos do mestre HELY LOPES MEIRELLES<sup>7</sup> (grifou-se):

“Direito líquido e certo é o que apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em

---

<sup>6</sup> *In* Direito Administrativo. Ed. Atlas, 10ª edição, p. 522.

<sup>7</sup> *In* Mandado de Segurança. Ed. Malheiros, 18ª edição, p. 35.

última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano.”

(...)

“Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança”.

32. Com base nestas modestas palavras, há de se concluir que **não existe direito líquido e certo**, nos moldes formulados na inicial, com base em conjecturas, uma vez que não é possível asseverar, desde antes, e com precisão, que possível apreensão de mercadorias da Impetrante se dará em ofensa à Súmula 323 do STF. Como restou provado, o mandado de segurança requer **prova pré-constituída**, e só deve ser concedido **quando inexistir dúvida acerca da suposta violação ao direito do Impetrante**.

33. Assim sendo, pelas razões acima invocadas, manifesta-se o Ministério Público pelo **indeferimento** do pedido mandamental formulado pela Impetrante, com a conseqüente revogação da liminar concedida, e demais conseqüências de lei, observando-se, ainda, o quanto exposto na Súmula nº 512 do STF.

Cristinápolis, 02 de setembro de 2004.

*Alexandre Albagli Oliveira*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

# EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR

## PARECER

Versam os presentes autos sobre uma *Ação de Execução de Alimentos* aforada pelos menores **ADRIANO SILVA DOS SANTOS** e **FERNANDA SILVA DOS SANTOS**, devidamente representados por sua genitora, **MARIA JOSÉ DA SILVA SANTOS**, todos já qualificados, em desfavor de **HAMILTON DOS SANTOS**, também já identificado, objetivando aqueles, em síntese, a adoção por parte do Estado-Juiz de medidas concretas tendentes à satisfação do incontestável crédito de natureza alimentar a que fazem jus os mesmos.

Expõem os Requerentes que, malgrado tenha sido decidido por esse Douto Juízo, em sede de liminar e em Ação Cognoscitiva de Alimentos, o dever de adimplemento por parte do Executado e em favor dos Exeqüentes de verba alimentar no importe de 66,5% (sessenta e seis e meio por cento) do salário mínimo então vigorante, desde a segunda quinzena do mês de março de 2001, o Requerido, sem o menor motivo aparente, deixou de cumprir o seu elevado mister, fato que perdurara, inicialmente, até o mês de fevereiro de 2002.

Pautados nesta *causa de pedir*, registram ainda os Exeqüentes que o aduzido inadimplemento, quando da promoção do **pleito inaugural da ação executiva**, englobara apenas 12 parcelas mensais, totalizando um débito no valor de R\$ 1.436,40 (Um mil, Quatrocentos e Trinta e Seis Reais e Quarenta Centavos).

Devidamente citado em 09 de setembro de 2002, conforme atesta a Certidão constante às fl. 07, verso, dos autos, o Executado apresentou Justificativa ao inadimplemento aduzido, a qual, apesar de não restar convincente, não teve o condão de ocasionar a decretação de medida coercitiva representada pela prisão civil, haja vista que o Demandado saldou o débito pleiteado, segundo se comprova pelo Recibo encartado às fl. 13 dos autos.

Não obstante a satisfação da pretensão autoral, instados a se manifestarem, os Exeqüentes formularam um **NOVO PEDIDO**,

lastreado em uma **NOVA CAUSA DE PEDIR** e sem o atendimento dos requisitos genericamente estabelecidos nos artigos 282, 582 e 614, inciso II, todos do Código de Processo Civil, conforme se constata às fl. 16. Vale dizer, pleitearam o adimplemento das **PARCELAS VENCIDAS APÓS A PROPOSITURA DESTA AÇÃO**, requerendo, inclusive, a decretação da prisão civil do Executado, sem antes lhe oferecer a possibilidade de justificar o alegado débito, nos termos do artigo 733, *caput*, do Diploma Legal citado.

No entanto, a Nobre Magistrada oficiante à época houve por bem em determinar uma nova citação do Demandado, o qual apresentou mais uma justificativa para seu inadimplemento. Por fim, os Exeqüentes atravessaram uma nova petição (fls. 25/26), requerendo a adoção das medidas executivas em desfavor do Executado, asseverando que o montante do débito apresenta o valor atualizado em Setembro do corrente ano de R\$ 3.172,84 (Três Mil, Cento e Setenta e Dois Reais e Oitenta e Quatro Centavos).

Como se percebe, Douta Julgadora, malgrado constitua a verba alimentar uma obrigação de elevada índole legal, moral e, especificadamente neste caso, também judicial, porquanto representa o aludido pensionamento uma fonte de subsistência dos Exeqüentes, não se pode olvidar, mesmo em sede de Execução, as garantias processuais mínimas destinadas aos jurisdicionados e relacionadas aos Princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório e Ampla Defesa, insculpidos no artigo 5º, incisos LV e LVI, da Constituição Federal de 1988.

Decerto, com a citação válida, a relação processual se aperfeiçoa, posto que ocorre a delimitação, na própria peça pòrtico, da causa de pedir e do pedido, elementos sobre os quais se faculta ao Demandado expressar sua insatisfação com o pleito autoral. Tal ritualista legal não se altera no procedimento específico de Execução Alimentícia, haja vista que o artigo 733, *caput*, do Estatuto Processual Civil permite que o Executado justifique o seu inadimplemento.

No caso em tela, observa-se que os Exeqüentes, mesmo após o aperfeiçoamento da relação jurídico-processual, ocorrida com a citação do Executado, **modificaram irregularmente a causa de pedir**. Como se sabe, a chamada **CAUSA DE PEDIR** é representada pela junção da **básica fática** (causa de pedir próxima) que respalda e impulsiona a provocação jurisdicional e o **sustentáculo jurídico** (causa de pedir remota), identificado como sendo os fundamentos

jurídicos e legais (dispositivos de lei) que lastreiam essa mesma provocação. Portanto, não obstante o fundamento legal, contidos no pleito inaugural e nos requerimentos autorais posteriores, seja o mesmo (**inadimplemento de pensão alimentícia – arts. 732 e seguintes do CPC**), a base fática legitimadora dos diversos pedidos destoa totalmente, posto que, enquanto naquele (**pedido inaugural**) se refere ao inadimplemento das prestações alimentícias de **MARÇO DE 2001 a FEVEREIRO DE 2002**, estes (**pedidos posteriores**) dizem respeito às parcelas relativas aos meses de **MARÇO DE 2002 a SETEMBRO DO ANO DE 2003**.

Da mesma forma, irregularmente modificados também foram os **PEDIDOS DO PROCESSO** sob análise. No caso vertente, embora o **PEDIDO INAUGURAL** tenha se relacionado ao adimplemento no valor de **R\$ 1.436,40 (Um mil, Quatrocentos e Trinta e Seis Reais e Quarenta Centavos)**, importância esta já paga, conforme se constata pelo Recibo compreendido às fl. 13 dos autos, os **PEDIDOS SUCESSIVOS** contemplam uma importância totalmente diversa, a qual totaliza o valor de **R\$ 3.172,84 (Três Mil, Cento e Setenta e Dois Reais e Oitenta e Quatro Centavos)**.

Desse modo, em consonância com o disposto nos artigos 219; 263; 264; 282, incisos III e IV; 294; 321; 598 e 617, todos do Código de Processo Civil, **NÃO DEVEM SUBSISTIR OS PLEITOS POSTERIORES**, em face das **INIQUIDADES PROCESSUAIS APONTADAS**. Nesse sentido é a lição do ilustre Nelson Nery Junior<sup>1</sup>. *Verbis*:

“Completada a relação processual, com a citação do réu, o autor não poderá modificar o pedido ou a causa de pedir, salvo se houver autorização do réu (CPC 264 caput).”

“Proibição de alteração do pedido ou causa de pedir. Mesmo havendo ocorrido a revelia, é vedado ao autor prevalecer-se da inferioridade processual do réu e alterar a causa de pedir ou o pedido. Caso queira assim proceder, deverá citar novamente o réu, que terá nova

---

<sup>1</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo (SP), 2003, págs. 678 e 710.

oportunidade para resposta. Mesmo assim é preciso atentar para os limites do CPC 264 par. ún., que veda, de forma absoluta, a alteração depois do saneamento do processo.”

Ademais, uma vez que foi devidamente estabelecida a relação jurídico-processual em apreço, com a citação válida do Executado, não poderiam os Exeqüentes-autores, por força dos dispositivos legais retromencionados, **ALTERAREM UNILATERALMENTE A CAUSA DE PEDIR E O PEDIDO**, posto que com o aforamento da petição inicial e o posterior chamamento da parte passiva para integrar o processo, encontra-se este objetiva e subjetivamente delimitado não cabendo, em regra, mudanças ou alterações posteriores.

Caso seja inobservada essa regra lógico-jurídica pelo Estado-Juiz, o seu *decisum* estará, por óbvio, fadado a imprestabilidade e a anulação, porquanto não se cingiu o Magistrado aos limites formadores da lide, proporcionando um julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*.

Para exprimir a importância da escoreta definição dos elementos integrantes do Processo, bem como os limites da prestação jurisdicional, colaciona-se a lição do ilustre processualista Nelson Nery Junior<sup>2</sup>. *Litteris*:

“Princípio da congruência entre o pedido e a sentença. O juiz deve decidir de acordo com o que foi pedido (CPC 460). O autor é quem limita o pedido, na petição inicial (CPC 128). Não pode o juiz decidir fora (*extra*), acima (*ultra*) ou abaixo do pedido (*citra* ou *infra petita*). Sentença *infra petita* pode ser corrigida por embargos de declaração, pois terá havido omissão do juiz quanto a uma parte ou um dos pedidos (CPC 535 II). Sentença *extra* ou *ultra petita* pode ser corrigida por apelação.”

“Interpretação restritiva. O autor é quem delimita a lide, deduzindo o pedido na petição

---

<sup>2</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Ob. cit.*, págs. 670, 677 e 131.

inicial (CPC 128). A sentença deve ser dada de forma congruente com o pedido (CPC 460), não podendo conceder ao autor mais do que ele pediu, nem decidir abaixo do que foi pedido, nem fora dos limites do pedido. Ao interpretar o pedido, o juiz deve fazê-lo de forma restrita.”

Por fim, cabe enfatizar que não se objetiva negar o líquido e certo direito que os Exeqüentes têm à prestação alimentar, apenas se fustiga, na presente manifestação, a **VIA INSTRUMENTAL** utilizada pelos mesmos para pleitear a satisfação do crédito suplementar. Decerto, em atendimento aos princípios e regras legais suscitadas, deveriam os Autores valer-se de uma **NOVA AÇÃO DE EXECUÇÃO**, face a apontada **DIVERSIDADE DE CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO**, resultando, neste caso, patente a **INADEQUAÇÃO DOS PLEITOS PROCESSUAIS SECUNDÁRIOS**, razão pela qual se impõe, com relação ao pedido referente à importância de R\$ 3.172,84 (Três Mil, Cento e Setenta e Dois Reais e Oitenta e Quatro Centavos), a **EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO**.

Essa é a lição esposada pelo insigne Nelson Nery Junior<sup>3</sup>.

*Litteris:*

“(...). De outra parte, o autor movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual. (...)”

*Ex positis*, com arrimo nos artigos 267, inciso VI, combinado com o artigo 3º, ambos do Código de Processo Civil, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE** *opina* pela **EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO**, nos termos antevistos.

Propriá (SE), 22 de Outubro de 2003.

**Alonso Gomes Campos Filho**  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

---

<sup>3</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Ob. cit.*, p. 629.

## ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL E IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, analisando o presente **INQUÉRITO POLICIAL**, em que figura como vítima fatal **JOSÉ AUGUSTO DE OLIVEIRA**, conhecido como *Ciriaca*, vem se manifestar sobre este procedimento, na forma adiante exposta:

1. A Autoridade Policial instaurou inquérito, objetivando apurar a ocorrência de morte na linha do trêm, no dia 21 de setembro de 2003, por volta das 22:50 h, no povoado Caetitu.

2. Pelos fatos apurados, ao transpor o Km 463, o trêm ALS-3042, prefixo B023, que circulava no sentido Riachuelo/Rosário do Catete, conduzido a 20 km/h pelo operador ferroviário **CÍCERO ARLINDO PORTUGUÊS**, após curva sinuosa que originou o acionamento da buzina, deparou-se com um vulto no meio da linha.

3. Conforme depoimentos da Sra Maria Jeruza de Oliveira, fl.06; José Carlos de Oliveira fl.07; Sra Nadir de Oliveira Santos, fl. 10; e o Sr. Batista de Góis, fl.18, a vítima, Sr. José Augusto de Oliveira, estava embriagada, às margens da via férrea, com a cabeça sobre o ombro do lastro.

4. Segundo consta do apuratório em anexo, o maquinista acionou o mecanismo de frenagem, mas o confronto foi inevitável, tendo atingido a vítima e ocasionado traumatismo crânio-encefálico, conforme Laudo de Exame Cadavérico de fls.11/13.

5. O boletim de ocorrência, fls. 23/24, conclui que a imprudência, deitar nas margens férreas e ingerir bebida alcoólica, da vítima contribuiu de forma decisiva para ocorrência do sinistro.

6. Impõe-se, no presente caso, o arquivamento da peça policial informativa.

7. Em que pese o fato de, sob o ângulo unicamente da causalidade, haver o indiciado causado a morte da vítima, o caminho

da deflagração da ação penal somente deve ser trilhado se, ao menos, o requisito da tipicidade estiver preenchido.

8. Se buscarmos a normatividade do conceito jurídico-penal de ação, estamos diante de um caso de esvaziamento da tipicidade, por ausência de conduta criadora de um risco juridicamente relevante.

9. Isto porque o resultado morte, imprevisível, que poderia embasar a teoria da equivalência, não resulta, finalisticamente, numa ação de homicídio.

10. O indiciado agiu de forma irrepreensível quando diligentemente, ao fazer a curva onde se encontrava a vítima, buzinou e freou, não havendo aumento do risco permitido.

11. A análise do fato narrado, leva a subsunção de uma teoria da imputação completamente desligada do dogma causal.

12. O bom-senso nos retira do que apregoa Welzel na sistemática, posto que, para ele, *o autor não se atribui a si mesmo a possibilidade de influir no acontecimento real*, ou seja, pouco importa a diminuição do risco, sendo o dolo natural, livre da aferição da consciência sobre a ilicitude.<sup>1</sup>

13. Os ensinamentos de Claus Roxin, esclarecem a questão:

*“A questão fundamental e decisiva é a seguinte: como se pode reconhecer se uma violação do dever de cuidado à qual se segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente? Como método de proposta proponho o seguinte procedimento: examine-se qual a conduta que não se poderia imputar ao agente como violação do dever de acordo com o risco permitido; faça-se uma comparação entre ela e a forma de actuar do aguido, e comprove-se então se, na configuração dos factos submetidos a julgamento, a conduta incorrecta do autor fez aumentar a probabilidade de produção do*

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998, p.165

*resultado em comparação ao risco permitido.”<sup>2</sup>*

14. Em passagem ainda mais contundente, o mesmo autor assim analisa a questão da imputação objetiva:

*“Na doutrina penalística da Alemanha Ocidental vai tomando maior corpo e, pode-se dizer, já predomina a idéia de que o sistema penal não deva estar fundamentado nem sobre a causalidade nem sobre a finalidade, mas sobre escolha de valores de política criminal. O sistema penal não está construído sobre leis do ser (sejam estas de causalidade ou de finalidade) mas sobre critérios normativos. Quero explicitar esta passagem de uma sistemática onticamente orientada a um sistema penal teleológico com referência à tipicidade.*

*O que seja uma ação de homicídio conforme a tipicidade – até o fim da exposição permaneço com a mais grave hipótese de homicídio – depende, segundo esta concepção, não da causalidade ou da finalidade, mas somente dos pressupostos a partir dos quais um evento típico pode ser atribuído a um homem como sua obra segundo critérios jurídicos de valoração. A fórmula mais simples para exprimir estes critérios é a seguinte: o evento morte nos delitos de ação é, em regra, atribuído a um homem como homicídio quando constitui a realização de um perigo não consentido, por ele criado.*

*De ambos os exemplos expostos por Welzel extrai-se que sobre o plano objetivo falta uma*

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998, p.257.

*ação de homicídio. Quem induz um terceiro a caminhar no bosque durante um temporal não cria nenhum perigo de morte juridicamente relevante: a eventualidade de ser fulminado por um raio é estatisticamente tão baixa que o direito não a considera um perigo não consentido. Por tal razão o evento que, desconsiderando toda a verossimilhança, mesmo assim se realiza, não é imputado àquele que o causou. ELE, DE FATO, CAUSOU A MORTE DE UM HOMEM MAS NÃO O MATOU NO SENTIDO JURÍDICO.(...) Existem muitas espécies de comportamento que implicam perigo mas que, independentemente de qualquer valoração do ponto de vista individual, são permitidos em geral sob o fundamento de superiores exigências do interesse público e com respeito a regras estabelecidas a respeito. Refiro-me ao risco consentido. O trânsito oferece os exemplos mais comuns. Como mostra a estatística dos acidentes, este cria para a saúde, a vida e os bens, perigos que se poderiam evitar proibindo o tráfego automobilístico. Mas em virtude dos benefícios gerais que a circulação veicular gera, tais perigos são aceitos pelo legislador. Se alguém incorre em um acidente, mesmo respeitando as regras de tráfego, não estamos diante de um processo causal inadequado; alguma coisa análoga aconteceu à maior parte dos motoristas. Não obstante a isto o evento não pode ser imputado ao condutor que agiu em respeito às regras de diligência sobre o plano da tipicidade objetiva uma vez que se trata de um risco geralmente consentido e não de um perigo não admitido. Se alguém respeita as regras de tráfego e um pedestre, sem que isso*

*seja objetivamente evitável, é colhido por ele e morre, o automobilista certamente causou a morte do pedestre mas não o assassinou no sentido da respectiva tipicidade penal. Do ponto de vista jurídico não há qualquer ação de homicídio, mas somente uma desgraça. Totalmente diversa é a hipótese de um condutor que viola as regras de trânsito, por exemplo, se guia com excesso de velocidade e ocasiona a morte de um homem. Neste caso ele realizou um perigo não admitido e se está diante de uma ação homicida que, em regra, comporta uma sanção.”<sup>3</sup>*

15. Como se extrai do que foi narrado nos autos do inquérito, a situação se amolda à perfeição aos postulados básicos de aplicação da teoria da imputação objetiva.

16. Jakobs configuraria a conduta da vítima - estar sentada na linha do trem - como tipo do injusto imprudente, cujos contatos sociais são imputados ao acaso e que esbarraria no princípio da confiança.

17. As regras de circulação ferroviária foram respeitadas e, em verdade, que criou a situação de risco foi a vítima.

18. Está-se, pois, diante de uma fatalidade lamentável, mas não de um homicídio.

19. Em situação análoga e tão evidente quanto a analisada o TJRS decidiu:

**EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRANSITO. TREM. Age com culpa exclusiva a vítima que, juntamente com amigos, se dependura na lateral de vagão de trem**

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. *Política criminale e sistema del diritto penale: saggi di teoria di reato. La problematica dell'imputazione oggettiva*. Edizioni Scientifiche Italiane : Nápoles, 2001. pp. 85 e 89/90. (Tradução do alemão para o italiano de Sergio Moccia e do italiano para português de Eduardo Pelella).

*em movimento, e sofre queda que lhe acarreta lesão gravíssima com conseqüente amputação de membro inferior. Apelo improvido. (7fls) (Ap 70001416528, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANA MARIA NEDEL SCALZILLI, JULGADO EM 05/10/2000).<sup>4</sup>*

20. O artigo 41, do Código de Processo Penal, em seu bojo, contém os requisitos indispensáveis ao oferecimento da Denúncia, sendo que na presente hipótese, não há como se deflagrar a Ação Penal, uma vez que não existe fato criminoso, pois ausente o pressuposto da tipicidade..

21. Diante do exposto, o **Ministério Público pugna pelo arquivamento do presente procedimento**, nos termos do artigo 28, do Código de Processo Penal, podendo o mesmo ter continuidade posteriormente, na hipótese de se constatar situação diversa da apurada até então(Súmula 524 do STF).

É a manifestação.

Maruim(SE), 23 de janeiro de 2004.

*Cecília Nogueira Guimarães Pelella*  
PROMOTORA DE JUSTIÇA

---

<sup>4</sup> In [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/result.php?reg=10](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=10), em 21.01.2004.

# **MANDADO DE SEGURANÇA E CASAMENTO DE ESTRANGEIRO DIVORCIADO**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através de sua PROMOTORA DE JUSTIÇA, com supedâneo no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal; artigo 32, inciso I, da Lei nº 8.625/93; c/c artigo 1º e segs. da Lei nº 1533/51, vem perante Vossas Excelências impetrar MANDADO DE SEGURANÇA com pedido liminar contra ato do JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU/SE, neste ato como Autoridade Coatora, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expendidos.**

## **I - DOS FATOS**

**JORGE MANUEL MARTINS MOREIRA, Português, vendedor, filho de Antônio Jorge Moreira e Hermengarda da palma Martins Moreira, residente e domiciliado na Rua de Macau, nº 18-2, DTO. 2700/540, Falagueira/Amadora, Lisboa/Portugal E JOSEMARY MENDONÇA OLIVEIRA, brasileira, advogada, filha de Josias Pereira de Oliveira e Maria Mendonça Oliveira, residente e domiciliada na Rua Euclides Paes Mendonça, nº 394/802, Treze de Julho, Aracaju/Sergipe, requereram, mediante procedimento formal, habilitação para convolarem núpcias na cidade de Aracaju/SE, adunando aos autos os documentos de fls. 03 *usque ad* 11.**

**O Ministério Público Estadual, instado a manifestar-se nos autos, consoante o preconizado no art. 1526 do Código Civil, impugnou o pleito de habilitação, argumentando ser o nubente divorciado em País Estrangeiro, advindo desta circunstância a imprescindibilidade da homologação da sentença que decretou o seu divórcio, junto ao Supremo Tribunal Federal.**

**Sucedede que, a autoridade coatora, olvidando-se do dispositivo legal inserto no art. 483 do Diploma Processual Civil, homologou a**

habilitação de casamento, pois não observou que o nubente Jorge Manuel Martins Moreira era divorciado em Estado Alienígena, fundamentando o *decisum* no art. 7º, parágrafo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual é inaplicável no caso *sub examinem*.

Com efeito, a Douta Juíza concluiu na r. decisão guerreada que “ o *Divórcio da nubente brasileira, Josemary Mendonça Oliveira, teve sua tramitação neste País, portanto, independe de homologação pelo Supremo Tribunal Federal*”, quando, na verdade, a celeuma se estabeleceu em razão do suposto término do vínculo matrimonial do senhor Jorge Manuel Martins no seu Estado de Origem, ou seja, Portugal, não em relação ao divórcio da senhora Josemary, conforme equivocadamente entendeu a autoridade coatora.

O *Parquet*, ciente da decisão proferida, após consulta feita perante a Suprema Corte com o fito de reforçar o entendimento esposado às fls. 24/25, pugnou pela reconsideração do *decisum*, no entanto não obteve êxito.

## II - DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, instituição responsável pela defesa da ordem jurídica, na qualidade de fiel fiscal da lei e considerado pela doutrina hodierna Curador do Matrimônio, é detentor de legitimidade para atacar ato ilegal emanado da Autoridade Judiciária que negou aplicação à legislação federal em vigor, pondo em risco a constituição válida do vínculo matrimonial.

Demonstrará, pois, ao longo da presente peça, que possui o Ministério Público direito líquido e certo a segurança almejada, no sentido de obstar a celebração do casamento entre os nubentes, até que estes providenciem a devida homologação da sentença de divórcio prolatada em Portugal, perante o Supremo tribunal Federal.

Frise-se que a sentença referenciada é destituída de eficácia no Brasil, razão por que o nubente é considerado casado para todos os efeitos, enquanto os requisitos antevistos nos arts. 215 e 216 do RISTF não forem apreciados pela Suprema Corte no processo retromencionado.

Ao Ministério Público, defensor da sociedade e da ordem jurídica, compete velar pela legítima constituição da sociedade

conjugal, evitando, assim, que a relação jurídica entre os nubentes esteja conspurcada pelo vício da nulidade absoluta, em decorrência da bigamia de um ou ambos os contraentes.

*In casu*, a decisão hostilizada é flagrantemente ilegal, uma vez que contraria o art. 483 do Diploma Adjetivo Civil, devendo, por conseguinte, ser anulada a fim de sujeitar o nubente à homologação de seu divórcio no Supremo Tribunal Federal, como condição *sine qua non* para obtenção da certidão de habilitação para o casamento no Brasil.

Sabe-se que no procedimento de mandado de segurança não há possibilidade de dilação probatória, por ser tal ação de rito sumário, sendo em sua essência um processo de documentos a exigir prova pré-constituída. Quem não prova de modo insofismável com documentos o que deduz na inicial não tem como chegar ao mérito do pedido, devendo o feito ser extinto por carência de ação.

No caso vertente, de uma análise perfunctória da exordial, percebe-se que o órgão ministerial, mediante peças extraídas do processo habilitatório, logrou evidenciar que a decisão homologatória da habilitação do casamento entre os nubentes foi proferida ao arrepio da lei, desvirtuada da hipótese fática que se trata, denotando, dessa forma, a liquidez e certeza do direito alegado.

### III- DO DIREITO

A habilitação para o casamento é o processo pelo qual os nubentes demonstram que se encontram habilitados legalmente para prática do ato nupcial, nele verificando-se a inexistência de impedimentos ou causas suspensivas da prática do aludido ato.

Objetiva-se, por meio desse procedimento preliminar, reduzir o risco de um casamento nulo ou anulável, que afronte a ordem pública e possa prejudicar interesses de terceiros.

Desse modo, o pleito de habilitação deve ser instruído com todos os documentos exigidos por lei para aferir a aptidão dos contraentes para o matrimônio.

É cediço que no Brasil, onde vigora o tipo familiar monogâmico, constitui impedimento para o ato nupcial a existência de casamento anterior, sendo, portanto, passível de nulidade o negócio jurídico celebrado entre pessoas casadas. Assim, aquele que pretende contrair

matrimônio deve comprovar que é solteiro, viúvo, divorciado, ou teve seu casamento anulado.

No caso *sub examinem*, o nubente colacionou ao procedimento de habilitação cópia de seu assento de casamento, onde consta a averbação do divórcio realizado em Portugal.

Não obstante a juntada do aludido documento, a suposta sentença que decretou a dissolução de seu vínculo matrimonial não surtirá efeitos no território nacional, senão quando homologada pela Suprema Corte, razão pela qual o nubente, para todos os efeitos, continua casado, residindo aí o impedimento para convolar núpcias no Brasil.

O art. 483 do Código de Processo Civil preconiza o seguinte:

Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Os artigos 215 a 224 do Regimento Interno do Supremo Tribunal regulam todo o processo de homologação de sentença estrangeira naquela Corte.

No mencionado processo, os Ministros observam se a sentença alienígena ofende a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, bem como se foi proferida por juiz competente, transitou em julgado, foi autenticada por Cônsul brasileiro, e, por fim, se as partes foram devidamente citadas. Acaso não preencha todos esse requisitos, a Corte Suprema não procederá 'a homologação almejada, fato este que destituía a decisão emanada de outro país de todo e qualquer efeito no território brasileiro.

#### **IV- DA DOCTRINA**

A doutrina pátria é remansosa ao defender a indispensabilidade da homologação da sentença de divórcio prolatada no Estrangeiro, para fins de habilitação para casamento no Brasil, conferindo plena aplicabilidade ao dispositivo legal inserto no art. 483 da Lei adjetiva Civil.

O festejado doutrinador Sílvio Venosa, no livro *Direito de Família*, terceira Edição, Ed. Atlas, pg. 69, expondo seu posicionamento a respeito da matéria sob comento, preleciona:

“Será idônea a certidão de divórcio proferida pela justiça de país estrangeiro que o admita, ficando porém subordinada à respectiva homologação pelo Supremo Tribunal Federal, pois se trata de sentença desconstitutiva e não meramente declaratória( ar. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil). Essa é a posição de nosso tribunal maior. Muitos autores entenderam que essa sentença era de natureza declaratória, não necessitando de homologação pelo Supremo tribunal Federal, pois assim dispõe o art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil. Não foi o que prevaleceu na jurisprudência, no entanto.”

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, na obra *Código Civil Comentado*, XV, Ed. Atlas, ao discorrerem acerca dos documentos exigidos pelo art. 1525 do Diploma Civil, confirmam a imprescindibilidade da homologação da sentença de divórcio prolatada no Estrangeiro, consoante se extrai da transcrição abaixo trazida à baila:

“Devem constar desse processo os documentos exigidos por lei: (a) certidão de idade ou prova equivalente (b) declaração do estado, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos (c) autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra (d) declaração de duas testemunhas maiores, parentes, ou estranhos, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar (e) certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior ou do registro da sentença de divórcio (f) E AINDA CERTIDÃO DA SENTENÇA DO

## DIVÓRCIO PROFERIDA NO ESTRANGEIRO, COM A DEVIDA HOMOLOGAÇÃO PELO STF. (grifamos)

O Mestre Caio Mário da Silva Pereira, a respeito do assunto, leciona em sua obra *Instituições de Direito Civil*, vol. V, décima Segunda edição, Ed. Forense, pg. 68, *in litteris*:

“Enneccerus, Kipp e Wolf consideram neste caso o casamento anterior como impedimento impediante, mas isto não se encontra em nossas leis. Desaparece, também, pela sentença de divórcio, proferida segundo a lei que autorize, subordinada sua eficácia à definitividade, se decretado regularmente no Brasil, e À SUA HOMOLOGAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SE O TIVER SIDO NO ESTRANGEIRO E COM O EFEITO LIBERATÓRIO PROCLAMADO PELA MAIS ALTA CORTE.” (grifos nossos)

### V- DA JURISPRUDÊNCIA

A despeito da sentença que gera a quebra do vínculo conjugal, convém salientar que possui natureza desconstitutiva e não meramente declaratória como proclamaram alguns juristas num passado recente, a fim de justificar, com alicerce no art. 15 da LICC, a dispensa de sua homologação perante o Supremo, quando advinda de tribunal alienígena. Esse entendimento, todavia, não prosperou, porquanto sabe-se que a dissolução do vínculo matrimonial inaugura uma nova situação jurídica entre as partes, sendo insofismável sua natureza constitutiva/desconstitutiva.

Nesta esteira exegética vem, reiteradamente, se posicionando o STF, corroborando o entendimento ora esposado, inclusive ressaltando a imprescindibilidade da homologação de sentenças de divórcio proferidas por tribunais alienígenas. (ver STF-Proc-Sec 4615, 17-4-98, Rel. Min. Carlos Veloso).

A Promotora de Justiça signatária, com o escopo de se certificar a respeito de algum outro entendimento divergente do ora defendido,

até mesmo para evitar qualquer prejuízo aos nubentes, manteve contato telefônico com o **SETOR DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, oportunidade em que foi informada de que não há qualquer divergência de posicionamento na Suprema Corte quanto a indispensabilidade da homologação da sentença de divórcio prolatada no estrangeiro, para fins de casamento no Brasil. Nesta ocasião, questionamos, ainda, se existiria algum tratado entre Portugal e Brasil, no sentido de dispensar a predita homologação, entretanto a resposta foi negativa.

Destarte, é de bom alvitre trazermos à colação algumas decisões emanadas da mais alta Corte a fim de subsidiar ainda mais os Insignes julgadores.

“Sentença estrangeira de divórcio. Pedido de averbação deste ato sentencial dirigido a magistrado estadual. Alegada desnecessidade de prévia homologação, em face do art. 15, parágrafo único, da LICC. Norma legal derogada pelo CPC( art. 483). Indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada” (ementa de fundamentado despacho do MIN. Celso de Mello na petição avulsa n. 11, publicado no DJU 10.10.97 e em INF. STF 121, de 31.08.98)

Processo RE 51906; Recurso Extraordinário.

Relator Min. Vitor Nunes (106)

UF País GO-Goiás

Julgamento 01/06/1964 TP-Tribunal Pleno

Publicação DJ Data-17-09-64 PG-00718 Ement vol-00589-02 PG-00609

Ementa 1) A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA É DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL. 2) AS SENTENÇAS ESTRANGEIRAS DE DIVÓRCIO ESTÃO SUJEITAS A HOMOLOGAÇÃO. 3) NA HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO DE DIVORCIADO, DEVERÁ SER EXIGIDA A PROVA DA HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA DE DIVÓRCIO. 4) NÃO É NULO, MAS ANULÁVEL O SEGUNDO CASAMENTO DE ESTRANGEIRO NO BRASIL, ANTES DA HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA DE DIVÓRCIO. 5) A ANULAÇÃO DO SEGUNDO CASAMENTO ESTÁ CONDICIONADA A NEGATIVA DA HOMOLOGAÇÃO DO DIVÓRCIO PELO SUPREMO TRIBUNAL. 6) OBTENÇÃO DE DICTUM: A) PROPOSTA AÇÃO ANULATÓRIA, SE NÃO FOR CASO DE CASAMENTO PUTATIVO, DEVERÁ SER SUSCITADA QUESTÃO PREJUDICIAL, COM SUSPENSÃO DO JULGAMENTO, PARA QUE SE PRONUNCIE O SUPREMO TRIBUNAL SOBRE A SENTENÇA DE DIVÓRCIO; B) A IMPROCEDÊNCIA, DA AÇÃO ANULATÓRIA NÃO IMPEDE A RENOVAÇÃO DO PEDIDO, SE O SUPREMO TRIBUNAL VIER A RECUSAR A HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA DE DIVÓRCIO, RESSALVADOS SEMPRE OS EFEITOS DO CASAMENTO PUTATIVO.

Observação VOTAÇÃO: UNANIME.  
RESULTADO: CONHECIDO E IMPROVIDO.  
PRV 31 PP.

#### SENTENÇA ESTRANGEIRA

Relator(a) Min. ILMAR GALVAO (158)

UF/País PT - PORTUGAL

Julgamento 24/09/1992 TP - TRIBUNAL PLENO

Publicação DJ DATA-16-10-92 PP-18043 EMENT VOL-

01680-01 PP-00038

Ementa SENTENCA ESTRANGEIRA.  
DIVORCIO PROFERIDO POR TRIBUNAL

PORTUGUES. OBSERVANCIA DOS PRESSUPOSTOS GERAIS DE HOMOLOGABILIDADE ENUMERADOS PELOS ARTIGOS 216 E 217 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CHANCELA CONSULAR DA SENTENCA. CIRCUNSTANCIAS JUSTIFICADORAS DO PEDIDO. HOMOLOGACAO CONCEDIDA. Observação VOTACAO: UNANIME. RESULTADO: DEFERIDA. N. PP.: (8). REVISAO: (NCS). INCLUSAO: 09.11.92 (NERLI). ALTERACAO: 03.03.94, (MK).

Processo SEC 5093 ; SENTENÇA ESTRANGEIRA  
CONTESTADA

Relator(a) Min. CELSO DE MELLO (155)

UF/País EU - ESTADOS UNIDOS DA AMERICA

Partes REQTE. : ROSANA XAVIER DE ALMEIDA

REQDO. : ISMAEL DE OLIVEIRA LEMOS, POR CURADOR

- DR. ALBERTO PAVIE RIBEIRO

Julgamento 08/02/1996 TP - TRIBUNAL PLENO

Publicação DJ DATA-13-12-96 PP-50169 EMENT VOL-  
01854-02 PP-00229

Ementa E M E N T A: SENTENÇA ESTRANGEIRA - DIVÓRCIO - HOMOLOGAÇÃO- IMPUGNAÇÃO FUNDADA NA AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO VALIDAMENTE OUTORGADA PELA REQUERENTE AO SEU ADVOGADO - HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA.A HOMOLOGAÇÃO PELO S.T.F. CONSTITUI PRESSUPOSTO DE EFICÁCIA DAS SENTENÇAS PROFERIDAS POR TRIBUNAIS ESTRANGEIROS.

- As sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal. O processo de homologação desempenha, perante o Supremo Tribunal Federal - que é o Tribunal do foro -, uma função essencial na outorga de eficácia às sentenças emanadas de Estados estrangeiros.

Esse processo homologatório - que se reveste de caráter constitutivo - faz instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, uma situação de contenciosidade limitada. Destina-se a ensejar a verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, propiciando, desse modo, o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sentenças estrangeiras, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que lhes são inerentes.

#### HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

- A Lei Fundamental promulgada em 1988 - preservando uma tradição do constitucionalismo republicano brasileiro - atribui ao Supremo Tribunal Federal competência originária, para, em instância de mera deliberação, homologar a sentença estrangeira que não se revele ofensiva à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

São pressupostos de homologabilidade da sentença estrangeira: (a) a sua prolação por juiz competente; (b) a citação do réu ou a configuração legal de sua revelia; (c) o trânsito em julgado do ato sentencial homologando, bem assim o cumprimento das formalidades necessárias à sua execução no lugar em que foi proferido; e (d) a autenticação, pelo Consulado brasileiro, da sentença homologanda e a tradução oficial dos documentos. MANDATO JUDICIAL - CLÁUSULA AD JUDICIA - OUTORGA DE PODERES BASTANTES - DESNECESSIDADE DE PODERES ESPECIAIS.

A procuração com poderes ad judicium qualifica o Advogado a praticar todos os atos do processo, com a única ressalva daqueles atos, taxativamente indicados no art. 38, segunda parte, do CPC, cuja prática reclama a outorga expressa de poderes especiais. Precedentes.

Observação Votação: Unânime.

Resultado: DEFERIDO. VEJA: RTJ-124/471, RTJ-111/556, RTJ-114/498, RTJ-117/61.

Processo **SE 4128** ; SENTENÇA ESTRANGEIRA

Relator(a) Min. NERI DA SILVEIRA (135)

UF/País PT - PORTUGAL

Julgamento 30/03/1990

Publicação DJ DATA-19-04-90 PP-3000 SE VOL-00013-01  
PP-00108

Ementa SENTENCA ESTRANGEIRA DE DIVORCIO.  
HOMOLOGACAO CONCEDIDA.

Observação RESULTADO: HOMOLOGADA.

N. PP: (1). ANALISE: (JBM). REVISAO: (NCS).

IMPLANTACAO: 27.05.93, (NERLI). ALTERACAO: 12.09.94,  
(MV).

Processo **SE 2676** ; SENTENÇA ESTRANGEIRA

Relator(a) Min. ANTONIO NEDER (123)

Julgamento 21/10/1980

Publicação SE VOL-00005-01 PG-00299 DJ DATA-  
17-11-80 PG-09573

Ementa 1. SENTENCA PORTUGUESA DE DIVORCIO.  
CASO EM QUE AS PARTES TEM A NACIONALIDADE  
PORTUGUESA E O CASAMENTO FOI CELEBRADO EM  
PORTUGAL.

2. NAO SE CONFIGURANDO, NA ESPECIE, QUALQUER  
OFENSA A ORDEM PUBLICA, A SOBERANIA NACIONAL, NEM  
AOS BONS COSTUMES, E DESDE QUE FORAM SATISFEITOS  
OS REQUISITOS DOS ARTIGOS 211 E 212 DO REGIMENTO  
INTERNO DO STF, E DE SE HOMOLOGAR A MENCIONADA  
SENTENCA (L.I.C.C.B., ART. 15 E 17).

3. ACAO HOMOLOGATORIA PROCEDENTE.

Observação RESULTADO: HOMOLOGADA

SE 0002787

>> ANO-81 UF-PT TURMA-\*\* Min. XAVIER DE  
ALBUQUERQUE SE VOL-00006-01

PG-00191 DJ DATA-07-12-81

PG-12381

SE 0002791

>> ANO-81 UF-UR TURMA-\*\* Min. XAVIER DE  
ALBUQUERQUE SE VOL-00006-01 PG-00197 DJ DATA-  
26-11-81

PG-11940 SE 0002803 >> ANO-81 UF-PT TURMA-\*\* Min.  
XAVIER DE ALBUQUERQUE SE VOL-00006-01  
PG-00206 DJ DATA-16-10-81 PG-10314 SE 0002815  
>> ANO-81 UF-SU TURMA-\*\* Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE  
SE VOL-00006-01  
PG-00223 DJ DATA-10-09-81  
PG-08749

## VI –DO CABIMENTO DO WRIT

Não havendo na legislação pátria previsão de recurso contra decisão homologatória do procedimento de habilitação para casamento, o presente remédio constitucional se afigura meio hábil para afastar a ilegalidade do *decisum* ora combalido, posto que este fere direito líquido e certo da sociedade de ver o enlace matrimonial se constituir de forma válida, ou seja, escoimado de qualquer vício que o torne passível de nulidade.

## VII –DA LIMINAR

Diante do que foi exposto, uma vez demonstrada a existência e violação de direito líquido e certo do *Parquet*, apresenta-se delineada a existência do *fumus boni juris*.

De igual sorte, dúvida não há de que é necessária a adoção de medida urgente no sentido de se suspender os efeitos da decisão hostilizada, impedindo, assim, a celebração do matrimônio entre os nubentes Jorge Manuel Martins Moreira e Josemary Mendonça Oliveira, sob pena de ser concretizado o enlace sob o manto da nulidade absoluta.

Isto porque, a habilitação deferida ao arrepio da lei pela autoridade coatora tem efeitos imediatos, tornando os contraentes aptos a convolarem núpcias em breve espaço de tempo, residindo aí o *periculum in mora* indispensável a concessão da liminar pleiteada.

## V - DOS PEDIDOS

*Ex positis*, o Órgão Ministerial, requer a Vossas Excelências:

1- receber a presente ação;

2- conceder medida liminar, *initio litis e inaudita altera pars* para que, VIA FAX, seja determinada a suspensão dos efeitos do provimento jurisdicional hostilizado.

3- determinar a notificação da Autoridade Coatora, ora impetrado, para, querendo, prestar informações a respeito da matéria,

4- Notificar os nubentes Jorge Manuel Martins Moreira e Josemary Mendonça Oliveira da impetração do *mandamus*; e,

5- ao final, julgar procedente o pedido contido no presente *mandamus*, com o escopo de anular a decisão que habilitou os nubentes a convolarem núpcias, após a oitiva do digno órgão de execução do Ministério Público com atribuições para atuar no presente feito.

Termos em que D.A.R. esta, com os inclusos documentos que a acompanham, dá-se à causa, para os devidos efeitos fiscais e em cumprimento à legislação processual civil vigente, o valor de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais).

Aracaju/SE, 09 de agosto de 2004.

*Claudia do Amaral Calmon*  
PROMOTORA DE JUSTIÇA

# AUXÍLIO DOENÇA E APOSENTADORIA

## PARECER

MM. Juíza.

- 1- O Autor acima nominado, já aposentado por tempo de serviço desde 06/01/99, requer benefício previdenciário *Auxílio-acidente*, decorrente de doença ocupacional, alegando que adquiriu a enfermidade Perda Auditiva neurossensorial durante os 28 anos de labor como *guindasteiro*, face aos diversos e constantes ambientes de trabalho ruidosos em que trabalhava. Junta prova documental de natureza médica atestando a existência da Perda Auditiva e prova documental atestando as condições ambientais ruidosas de diversos locais em que o mesmo trabalhou na mencionada função.
- 2- Realizada Audiência Preliminar de Conciliação, esta não foi obtida. O INSS ofereceu Contestação, onde argüiu preliminarmente a impossibilidade jurídica do pedido, alegando que a lei previdenciária atual veda a cumulação de *Auxílio-acidente* com qualquer benefício de Aposentadoria previdenciária. Cita jurisprudência específica e semelhante ao caso concreto em exame, oriunda do STJ, concluindo pela improcedência da Ação em face desta questão de direito, não se insurgindo quanto à matéria fática consistente na existência ou não da enfermidade e da sua relação causal com a atividade laboral, bem como quanto à alegada incapacidade parcial, mas permanente, do Autor.
- 3- Em Réplica o Requerente refuta a Preliminar argüida pelo Réu, com o argumento de que o seu direito ao *Auxílio-acidente* é anterior a proibição legal advinda em 1998 com a alteração legislativa restritiva da cumulação, aduzindo ainda referência à injustiça social que tal norma jurídica posterior implantou, pelo que requer o prosseguimento do Feito com a instrução

probatória. Este o resumo deste Processo até esta fase, onde a controvérsia da Demanda se resume, a nosso entender, na “questão de direito” posta como Preliminar, a qual se converte em controvérsia de mérito, posto que não há questão de fato controversa que suscite e demande instrução probatória. A P.A.I.R. está provada documentalmente, bem como a consolidação da perda parcial da capacidade de trabalho do Demandante, fatos não contestados e que integram os requisitos legais caracterizadores da concessão do benefício requerido (auxílio-acidente). Portanto, apresentamos a seguir nossa opinião meritória sobre a questão de direito controversa e, por conseguinte, sobre a procedência ou não da pretensão principal desta Ação, qual seja a concessão do Auxílio-acidente ao Suplicante, cumulado com a Aposentadoria por tempo de serviço que o mesmo já recebe.

- 4- **Digna Magistrada**, a *vexatio questio* aqui posta, advinda de alteração legislativa à Lei 8.213/91 – Lei de Benefícios da Previdência Social, introduzida pela Lei 9.528/97, de 10/12/97, embora já apreciada pelo STJ e com entendimento algumas vezes manifestado por aquela Corte Superior pela inacumulabilidade dos benefícios em questão, ainda comporta debates doutrinários e jurisprudenciais importantes no meio jurídico nacional, mormente por envolver assunto de matriz constitucional, como também por trazer uma restrição casuística à concessão de um benefício previdenciário originalmente concebido pelo legislador ordinário como um Seguro (de natureza indenizatória) àquele trabalhador segurado atingido definitivamente em sua capacidade laboral pelo infortúnio do Acidente do Trabalho, este considerado em sua concepção mais ampla. Por isto é que ousaremos refletir um pouco mais sobre esta questão concreta contida nesta Demanda, mesmo porque a vedação legal à pretendida cumulação de benefícios previdenciários tem algumas facetas e alguns aspectos que implicam em potenciais soluções jurídicas diversas. Neste sentido, é curial observar que há pelo menos três (dentre outras) situações fáticas sobre o tema, as quais podem resultar em soluções

interpretativas diferenciadas, a saber: **a)** o Segurado já percebe o Auxílio-acidente e depois obtém a aposentadoria; **b)** o Segurado está aposentado e requer o Auxílio-acidente por fato ocorrido antes da aposentadoria; **c)** o Segurado está aposentado mas continua trabalhando e pede o Auxílio-acidente por fato posterior à aposentadoria.

- 5- A hipótese destes autos é aquela estampada no item **b** acima mencionado e sobre a mesma é que iremos arrazoar. O Autor laborou durante 28 anos numa atividade comprovadamente com poluição sonora contínua (fls. 15 a 19) e desde **02/03/93** passou a apresentar leve queda auditiva bilateral (fl. 23), evoluindo para perda auditiva neurossensorial diagnosticada em **14/10/98** (fl. 21), já havendo outro diagnóstico de PAIR do 2º grau em **30/01/97** (fl. 25). Em Janeiro/99 obteve Aposentadoria por Tempo de Serviço (tempo de contribuição) (fl. 29) e encontra-se aposentado deste então, hoje contando com 54 anos de idade. Portanto, sua situação é de **aposentado por tempo de serviço** que busca o benefício de auxílio-acidente com fulcro em doença ocupacional redutora da sua capacidade laboral, enfermidade esta adquirida antes da aposentadoria – e antes da vigência legal proibitiva da cumulação dos dois benefícios previdenciários – mas só requerido após sua inatividade previdenciária.
- 5.1- Como o pedido de Auxílio-acidente data de 2003 e o Autor já é aposentado, evidente que a posição da Autarquia-Ré, em tese, está correta ao aplicar a Lei 8.213/91, em seu Art. 86, §§ 1º, 2º e 3º, numa interpretação literal e restritiva, obediente ao princípio da legalidade imposto aos órgãos da Administração Pública. De outro modo, aqui não se trata da hipótese de existência da concepção de “direito adquirido” invocada pelo réu na Contestação (fl. 39), haja vista que o Autor não percebia os dois benefícios previdenciários antes da vedação legal, mas ao contrário pleiteou tal cumulação após tal vedação.
- 5.2- Mas será que esta vedação de acumulação é aplicável a todas hipóteses fáticas ocorridas após a alteração legislativa mencionada? Mesmo quando a aposentadoria

obtida pelo Segurado tem motivo diverso daquele que origina o Auxílio-acidente? Estes dois benefícios previdenciários aqui concretamente pleiteados não têm natureza jurídica diversa e origem fática mais diversa ainda? A norma legal de vedação está em consonância com normas constitucionais sobre o tema? Neste caso concreto a alteração legislativa que veda o recebimento do Auxílio-acidente não está retroagindo sobre um fato físico e jurídico já ocorrido e consolidado antes da sua vigência?

Passemos a examinar estas questões, à luz da Constituição Federal e dos princípios informadores do instituto jurídico do benefício aqui requerido, além dos princípios gerais do direito.

- 6- A vedação genérica da acumulação do Auxílio-acidente com qualquer aposentadoria do sistema previdenciário oficial não se coaduna com a constituição republicana em vigor, pelo menos na hipótese fática discutida nestes autos, senão vejamos. Em seu Art. 7º, inciso XXVIII, a Carta Magna expressa que é direito do trabalhador “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, ... (grifo nosso). E começando a comentar o alcance jurídico desta norma, é curial ressaltar que a mesma está inserida no Capítulo “*Dos Direitos Sociais*” e este, por sua vez, pertence ao Título II da Constituição Federal, o qual cuida “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”. Ou seja, esta norma instituidora do “seguro contra acidentes de trabalho” está numa posição constitucional proeminente e assim deve ser tratada pelo intérprete e pelo legislador ordinário.
- 6.1- Feita esta observação propedêutica, é mister analisar que a Constituição instituiu um “Seguro” em sua concepção jurídica conhecida e com natureza primordialmente indenizatória, reparadora dos prejuízos que o acidente do trabalho causem ao obreiro segurado pela Previdência Social. E este Seguro é custeado pelo Empregador, através de contribuição incidente sobre a *folha de pagamento de pessoal* da Empresa, contribuição esta que é regulamentada pela Lei 8.212/91, a qual trata do

custeio da Previdência. Tais recursos, a despeito de serem administrados hoje pela Autarquia-Ré, integrando o seu orçamento, não perde sua natureza e destinação securitárias específicas, diferenciada das outras contribuições estritamente previdenciárias e que se destinam ao custeio da diversa gama de benefícios classicamente considerados de natureza previdenciária estrita. Assim, é evidente que o comando constitucional deferência o chamado SAT- Seguro contra Acidentes de Trabalho, dos demais benefícios previdenciários tradicionais. E isto se evidencia quando examinamos o Título VIII – “*Da Ordem Social*”, da Constituição Federal, no Capítulo II – “*Da Seguridade Social*”, onde o custeio da Previdência Social é disciplinado de forma diversa daquela prevista para o SAT. Isto posto, é princípio elementar do Direito que o legislador ordinário não pode inovar com a legislação infraconstitucional, suprimindo, violando direito constitucionalmente garantido aos seus destinatários.

- 6.2- E foi assim com a edição da Lei 8.213/91, a qual disciplinou, após a nova ordem constitucional implantada em 1988, a concessão dos benefícios previdenciários próprios, englobando no mesmo diploma legal os benefícios tipicamente securitários. Assim é que esta lei conceituou o Auxílio-acidente como um benefício de natureza indenizatória e caráter vitalício, acumulável com qualquer outro benefício previdenciário, interpretando coerentemente o comando constitucional instituidor do Seguro contra acidente de trabalho – S.A.T. e não poderia ser diferente, posto que a norma constitucional criou uma fonte de custeio própria, independente, para assegurar o direito do trabalhador acidentado. Ou seja, o trabalhador que tivesse uma redução permanente da sua capacidade de trabalho em decorrência de um “acidente de trabalho”, recebia uma indenização securitária “acidentária”, em prestações mensais e de modo vitalício, custeada pelos recursos arrecadados da contribuição própria para tal finalidade, a cargo exclusivamente do Empregador. Caso

- ele alcançasse os requisitos para obtenção de outro benefício previdenciário, o receberia cumulativamente.
- 6.3- Em 1995, através da Lei 8.032/95, o legislador aperfeiçoou a Lei 8.213/91 quanto a este benefício, corrigindo algumas distorções interpretativas quanto à possibilidade de cumulação de benefícios acidentários oriundos do mesmo fato gerador. Embora esta mudança legislativa tenha trazido também algumas perdas para este benefício, ela não impedia o acesso ao Seguro constitucional por quem obtinha as condições objetivas para fruí-lo, mas dava racionalidade ao sistema, em conformidade com o objetivo constitucional contido no Art. 194, parágrafo único, inciso III, da mesma Carta Suprema.
- 6.4- Mas a Lei 9.528/97, buscando ajustar ainda mais a racionalidade dos benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes do acidente de trabalho, na verdade suprimiu direito social garantido ao trabalhador por norma fundamental, quando impediu a cumulação do Auxílio-acidente com qualquer Aposentadoria, aí incluída aquela por tempo de serviço/contribuição, que é a hipótese destes autos. É sabido que a Aposentadoria por tempo de serviço ou de contribuição é um benefício previdenciário estrito e clássico, que tem fonte de custeio própria, partilhada entre o trabalhador e o empregador, a qual tem natureza completamente diferenciada do benefício Auxílio-acidente. Na verdade, estes dois benefícios têm em comum o fato de integrarem o sistema da Seguridade Social e serem administrados pelo mesmo órgão previdenciário (INSS), cessando aí suas afinidades. Aliás, o fato do S.A.T.-Segura contra acidentes de trabalho haver sido integrado à administração da Previdência Social não o descaracteriza em sua natureza securitária social e não o afasta da posição de direito fundamental garantido pela Carta Constitucional. A propósito, vejamos sobre este aspecto desta análise a lúcida e precisa lição de **Tupinambá Miguel Castro do Nascimento**, em *“Comentários à Lei de Acidentes do Trabalho”*, 5ª Edição, 1983, AIDE, pg. 187-8:

“a integração do acidente do trabalho na previdência social nada mais é do que a transformação do infortúnio laboral em seguro social e da causa infortúnica em uma causa previdenciária específica. Desta forma, as dessemelhanças no tratamento se devem a determinadas especificidades...” ·

- 6.5- Destarte, a proibição total de acumulação aqui analisada é inconstitucional, ao menos quanto à cumulação do Auxílio-acidente com a Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, dentre outros benefícios de origem não acidentária, posto que impediria, de forma absoluta, a fruição, pelo trabalhador legitimado, do seguro específico – e aqui já multimencionado – instituído como direito social fundamental pela Constituição da República. Assim também pensa o **Dr. Olavo Zampol**, desembargador aposentado e Advogado em São Paulo, em *parecer* elaborado para a OAB/SP, sub-seção de Santo André, citado por *Hertz Jacinto Costa*, Advogado especialista Direito Previdenciário, no artigo intitulado “*Previdência Social: estudos sobre auxílio-acidente*”, disponível na Internet, no site [www.jus.com.br/index.html](http://www.jus.com.br/index.html), “in verbis”:

“Com a publicização, o sistema previdenciário o absorveu, mas o conceito de acidente, sua estrutura jurídico processual, e seu ressarcimento continuam autônomos. E isso em razão de duas circunstâncias básicas: custeio próprio e garantia constitucional da proteção acidentária.

Integrado o sistema acidentário na previdência social, ainda que haja confusão subjetiva de responsabilidade, isso não corre, nem pode ocorrer quanto aos benefícios que os dois setores do sistema operam: o previdenciário e o acidentário.”

Do mesmo modo pensa o Dr. **Hertz Jacinto**, Advogado acima citado, em seu artigo jurídico supra mencionado, nestes termos:

”Por outro lado, a questão que é o grande debate do momento versa a cumulação do auxílio-acidente com aposentadoria por tempo de serviço, aposentadoria especial, aposentadoria por invalidez e aposentadoria por idade (art. 86-§ 2º, redação dada pela lei 9.528, de 10.12.1997), bem como o auxílio-doença e a pensão por morte.

Quando a aposentadoria por tempo de serviço, especial e por idade não permitir ao segurado qualquer tipo de atividade laborativa, é evidente que o cancelamento do auxílio-acidente ou sua não cumulação trará inegável prejuízo financeiro. Sobrevirão inevitáveis conseqüências na família do acidentado, que sofrerá por via reflexa, desfalque no orçamento doméstico, o que se torna incompatível com os objetivos sociais e de ressarcimento das regras infortunistas.

Dúvida não há de que se evidencia a inconstitucionalidade da lei 9.528/97 na parte em que acrescentou os §§ 2º e 3º, no art. 86 da lei 8.213/91, pelo fato de afrontar o disposto no art. 7º-XXVIII da Constituição Federal.”

- 6.6- É bem verdade que há outros pensamentos jurídicos que não encontram inconstitucionalidade nesta vedação legal absoluta de cumulação do Auxílio-acidente com qualquer Aposentadoria, a exemplo dos destacados doutrinadores da matéria previdenciária, *Irineu Pedrotti e William Pedrotti*, os quais, na obra conjunta “*Acidente do Trabalho, 4ª Edição, ed. LEUD, 2003, pgs. 147 a 149* cuidam do tema, posicionando-se a favor da constitucionalidade da vedação, por completo, amparando-se, inclusive, em decisões do STJ, as quais indicam como estando expressas nos Recursos Especiais

- RESP 309.569-SP e RESP 317034. Advertem, contudo, tais autores, que até então o Supremo Tribunal Federal ainda não tinha decidido qualquer causa sobre o assunto.
- 6.7- A despeito das bem lançadas razões dos respeitados Advogados acima mencionados, nossa conclusão é que a impossibilidade jurídica do pedido contidos nestes autos não procede, posto que a vedação legal à pretensão autoral viola a Constituição Federal e por isto deve ser afastada pela declaração monocrática deste Juízo, da incompatibilidade vertical de tal norma legal frente a tal Constituição, exercendo assim o controle difuso da constitucionalidade das leis ordinárias, restabelecendo, por conseguinte, o pleno vigor das normas legais magnas. Portanto, somos pela possibilidade jurídica do que pleiteia o Autor nesta Demanda.
- 7- Ultrapassada esta questão preliminar, analisemos o mérito desta lide, posto que, conforme antecipamos no item 3, supra, deste Parecer, a questão de fato já está incontroversa face não haver sido contestada pela Autarquia-Ré e porque também já reside nos autos prova documental (fls. 10 a 28) suficiente para comprovar a existência da lesão auditiva, sua consolidação como enfermidade de origem ocupacional e a conseqüente redução da capacidade laborativa do Autor. Destarte, opinamos pelo deferimento do Auxílio-acidente ao Postulante.
- 7.1- Opinando pelo deferimento do benefício acidentário pretendido na Inicial, é curial opinar também quanto ao início do mesmo e sua Renda Mensal Inicial. No caso destes autos, o Autor não se afastou do trabalho, nem houve diagnóstico médico em Juízo, mediante perícia médica, posto que desnecessária. Ademais, não se tem notícia de que o Requerente postulara este benefício anteriormente, na seara administrativa. Assim, ante a ausência destes marcos reconhecidos como termo inicial deste benefício, somos que a Citação do Réu nesta Ação deve ser adotado como termo inicial deste Auxílio-acidente, posto que é o momento da ciência que o Requerido teve da pretensão e resistiu à mesma.

7.2- No que tange à R.M.I., entendemos que deve ser considerado o Salário Benefício do mês do início da vigência o benefício acidentário em tela, face à ausência de data definida do início da enfermidade ocupacional adquirida. Destaque-se ainda que não deve ser considerada a renda deste Auxílio-acidente para efeito de (re)calcular o Salário Benefício que serve de base à Aposentadoria que o Autor já vem recebendo.

8- **Em conclusão, opinamos pela rejeição da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, declarando a inconstitucionalidade(difusa) das normas legais proibitivas da acumulação dos benefícios acidentário e previdenciário aqui discutidos, e no mérito pela procedência do pedido com os parâmetros aqui defendidos quanto à sua implementação.**

É o Parecer, s. m. j.

Aracaju, 30 de abril de 2004

*Gilton Feitosa Conceição*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

## **DENÚNCIA – CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE – PESSOA JURÍDICA**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**, por seu Promotor de Justiça subfirmado, no uso de suas atribuições institucionais, vem, perante Vossa Excelência, apresentar **DENÚNCIA** em face de **MILK LIFE S/A - PRODUTOS LÁCTEOS**, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Alto da Glória, s/nº, zona rural, neste município, **RODRIGO LENZI FONSECA**, brasileiro, divorciado, empresário, com 33 anos de idade, filho de José Ednirson da Fonseca e Amarilis Rina Lenzi Fonseca, residente na Rua Paulo Henrique Machado Pimentel, nº 191, Distrito Industrial, Aracaju/SE, **CLEUBER JACSON BARBOSA DA SILVA**, brasileiro, casado, administrador, com 28 anos de idade, filho de Pedro Carneiro da Silva e Maria de Lourdes Barbosa dos Santos, residente na Av. Leste, nº 111, Bairro Brasília, nesta cidade e **BRAUNER DE OLIVEIRA REIS**, brasileiro, casado, técnico em laticínios, com 46 anos de idade, filho de Edil de Souza Reis e Maria Andreлина de Oliveira Reis, residente na Rua Jornalista Paulo Costa, nº 1119, Bairro Atalaia, Aracaju/SE, possuindo todos endereço profissional na sede da empresa denunciada, imputando-lhes a prática da conduta delituosa que passa a expor:

### **I - DOS FATOS**

Segundo noticiam os autos de Inquérito Policial inclusos, no período compreendido entre os meses de novembro e dezembro do ano de 2003, a empresa denunciada aumentou subitamente as suas atividades produtivas, no que pertine ao beneficiamento de leite e seus derivados, gerando um acúmulo de dejetos líquidos industriais que foram sendo lançados diretamente no sistema de tratamento, o qual se encontrava em estado de abandono, conforme indicam os laudos técnicos emitidos pela ADEMA (fls. 05/11) e DIVISA (fls. 12/27).

Por conta disso, houve uma proliferação de urubus no local, bem como foi dado ensejo a péssimos odores cujos efeitos ruinosos

foram suportados por toda a população desta cidade, somente vindo tal problema a ser sanado após a lavratura do competente auto de infração, em que restaram determinadas imediatamente as correções devidas.

Convém salientar que o empreendimento funciona sem contar com a competente licença de operação para as suas atividades, em frontal desatendimento à Resolução CONAMA nº 237/97. Ademais, mostrou-se ainda inexistente um Plano de Gerenciamento de Resíduos, comumente exigido pelas autoridades ambientais em casos do gênero.

No que diz respeito às pessoas físicas denunciadas, respectivamente administrador, gerente industrial e responsável técnico, revela-se manifesta a responsabilidade dos mesmos devido ao fato de possuírem os dois primeiros poder de comando no âmbito das respectivas atribuições e terem deixado de adotar providências tendentes à preservação das dependências da indústria, evitando, destarte, os danos ocorridos, ao passo que o último agiu efetivando indevidamente a industrialização de laticínios, dando ensejo direto ao dano ambiental.

Além disso, é oportuno observar que os denunciados responsáveis confessaram a ocorrência dos danos ambientais imputados, muito embora tenham tentado atribuir os acontecimentos supra a uma eventualidade, alegações que não merecem qualquer respaldo jurídico, mormente se levado em consideração que, no caso vertente, discute-se responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco empresarial, restando a intenção delitativa evidenciada através da previsão do resultado com a correlata aceitação dos riscos de produzi-lo.

## II - DO DIREITO

*Ab initio*, faz-se mister destacar a importância dada pelo ordenamento jurídico pátrio ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que vem tratado na Lei Maior, em capítulo próprio, como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se aos Poderes Públicos e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, assumindo, destarte, um efetivo caráter de sustentabilidade.

Ademais, inovou o legislador constituinte, ao dispor no sentido de que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão

os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Nesse sentido é a norma insculpida no art. 226, § 3º, da Carta Magna, que tratou da responsabilidade penal da pessoa jurídica, relativizando a regra clássica segundo a qual *societas delinquere non potest*.

Ressalte-se ainda que tal regra constitucional somente veio a ser regulamentada através da Lei nº 9.605/98, estando atualmente pacificada em nível doutrinário e jurisprudencial a possibilidade de ser a pessoa jurídica sujeito ativo de crime, derivando a autoria delitiva desta da capacidade de haver causado em seu proveito um resultado voluntariamente e com desacato ao papel social imposto pelo sistema normativo vigente, que impõe como princípio da ordem econômica a proteção do meio ambiente.

No tocante aos demais incriminados, infere-se que a responsabilização de cada um deles decorre das normas de adequação típica de subordinação mediata contidas nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.605/98, vez que foram os protagonistas do desenvolvimento da atividade empresarial que tinha o lucro como escopo precípua, em desatendimento aos princípios legais atinentes à espécie.

Desse modo, submetendo-se o segundo e o terceiro denunciado aos papéis de dirigentes da empresa denunciada, embora com diferentes âmbitos quanto às respectivas atribuições, e o último como preposto que também deu causa aos graves danos ambientais, de acordo com a teoria da equivalência prevista no Estatuto Repressivo Pátrio, mostra-se patente a imputação do resultado a todos os acusados, mormente se levado em consideração que a pessoa jurídica foi quem direcionou a atividade empresarial dos demais para o crime em foco.

Por tais motivos, denuncia este Órgão Promotorial todos os incriminados pelo cometimento do delito antevisto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei nº 9.605/98.

### III - DOS PEDIDOS

Em face das razões já expostas, vem o *Parquet* requerer o seguinte:

1. Seja recebida e autuada a presente denúncia;

2. A citação dos denunciados para qualificação e interrogatório, com a defesa que tiverem, sob pena de revelia;
3. A intimação das testemunhas cujo rol segue em anexo, visando a oitiva delas em Juízo;
4. A procedência *in totum* da presente peça acusatória, a fim de que sejam os denunciados condenados como incurso e sob as sanções do crime acima descrito.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente através de documentos, testemunhas, perícia, além de outras formas que se fizerem necessárias, tudo desde logo requerido.

Requer ainda, por oportuno, sejam procedidas as seguintes diligências:

1. Seja realizada a comprovação da existência ou inexistência de outros processos criminais contra os denunciados nesta comarca ou fora dela;
2. Seja oficiado ao Instituto de Identificação da Secretaria de Segurança Pública, no sentido de obter as folhas de antecedentes criminais dos denunciados;
3. Seja oficiado à Junta Comercial do Estado, requisitando as cópias dos atos constitutivos da empresa **incriminada**.

#### **IV - DA PROPOSTA DE SUSPENSÃO DO PROCESSO**

Por derradeiro, considerando a pena mínima cominada ao delito em apreço, após a apuração dos antecedentes criminais de todos os **incriminados**, deixa este Órgão Promotorial para ofertar, em sendo o caso, proposta de Suspensão do Processo, mediante as condições estabelecidas no art. 89 da Lei nº 9.099/95, a serem expostas oportunamente em audiência a ser designada para tal desiderato.

Nestes termos,  
Pede deferimento.

Nossa Senhora da Glória, 04 de março de 2004.

*José Lucas da Silva Gois*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

## **V - ROL DE TESTEMUNHAS**

1. Cosme Souza Feitosa, brasileiro, casado, comerciante, residente na Rua Manoel Francisco Lima, nº 69, Centro, nesta cidade;
2. Djalmo Freitas Silva, brasileiro, solteiro, estudante, residente na Rua Curitiba, nº 41, Bairro da Baixinha, nesta cidade;
3. Lenaura Feitosa Aragão Menezes, brasileira, casada, comerciante, residente na Praça Filemon Bezerra Lemos, nº 100, Centro, nesta cidade;
4. Sheila Cristina Silva, brasileira, solteira, comerciária, residente na Rua Manoel Vieira de Souza, nº 203, Bairro Brasília, nesta cidade;
5. José Valter Mota Oliveira, brasileiro, solteiro, comerciante, residente na Rua Manoel Bezerra Lemos, nº 278, Bairro Divinéia, nesta cidade;
6. Airton Ribeiro de Santana, brasileiro, divorciado, promotor de eventos, residente na Av. 26 de Setembro, nº 580, Bairro Silos, nesta cidade.

# ADOÇÃO PÓSTUMA

## PARECER

*“Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação sócio-afetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. E no fundamento da posse de estado de filho é possível encontrar a verdadeira paternidade, que reside no serviço e no amor que na procriação”.*

O Ministério Público Estadual, através da Promotora de Justiça subfirmada, com vistas dos autos, atinente ao pleito de Destituição de Poder Familiar c/c Adoção da adolescente C. V. S. , requerida por M. A. Á. A. em face dos pais biológicos A . C. de O. S. e de G. S. , tendo como pleito configurar a filiação através da adoção da jovem pela requerente e o seu esposo falecido, mediante as razões inseridas na inicial, pelo que apresentamos o pronunciamento a seguir:

## DOS FATOS

Alega a requerente que a adotada foi colocada sob a guarda daquela e seu esposo desde 21.06.89, por decisão judicial, ver Processo n.º 137/88, em apenso, quando passou a conviver com seus guardiões legais, recebendo o tratamento e a condição de filha, vivendo em total integração familiar, exercendo a requerente e seu falecido esposo o papel fático de mãe e pai, dedicando a jovem todo o carinho e afeto, além de prestar total assistência moral e material.

Extraí da inicial que o esposo da adotante, A. C. A. S., sempre desejou regularizar a situação fática existente quanto à posse de estado de filho que a jovem convivia em relação a requerente e o seu esposo, o qual, contudo, apesar da manifestação de vontade, não concretizou o pleito formal de adoção, vindo a falecer, pelo que pretende a requerente com a presente ação adotar a jovem, fazendo com que não só a autora, mas também o seu esposo falecido, figure legalmente como pai de C. , pois de fato sempre a trataram como se filha fosse, e a adoção era o desejo daquele.

## **DAS PROVAS**

Durante a instrução processual, além dos requisitos legais estabelecidos para a concretização do pleito de adoção, previstos nos arts. 39 e segs., foi perquirida a prova da vontade inequívoca do Sr. A. C. A. S. , em ter estabelecida a filiação da adolescente através do processo de adoção.

Neste liame, na busca da verdade socioafetiva, e da prova do desejo do falecido, foi requerido pelo Ministério Público, ver fls. 43, que fosse demonstrada a vontade daquele em concretizar o pleito de adoção antes de ter falecido, bem como que fossem chamados os possíveis interessados, filhos biológicos e dependentes.

No Relatório Psicológico às fls. 39 a 42, ficou constatado que o vínculo estabelecido entre C. , que se encontra bem cuidada material e emocionalmente, e os pais de fato, Sr<sup>a</sup> M. A. e A. C. A. , é evidente, tendo a jovem relatado que “... sempre o chamou de pai...”, e a Psicóloga observado que o vínculo entre aquele e a adotanda “...era intenso e que ela encontrava-se elaborando a sua perda...” .

O Estudo Social realizado, ver fls. 54 a 56, da mesma forma constatou os laços afetivos e sociais estabelecidos entre a jovem e seus guardiões, que a colocaram na condição de filha, tendo ressaltado que era preciso “...compreender o desejo da adolescente mediante a justiça em regularizar seus documentos de identificação, ratificando o seu pré-nome e passando a usar o sobrenome dos guardiões...”, destacando ainda que “...mesmo o guardião já ter falecido representou em vida juntamente com a esposa papéis de verdadeiros pai/mãe.”

A requerente ao prestar depoimento em audiência afirmou que: "...Que C. veio para a companhia da autora e do seu esposo desde quando nasceu...Que seu esposo , A. C. A. S. era muito apegado a C. , protegendo esta até mais que seus filhos biológicos, tratando-a de "minha filhinha" e ela chamava de "Painho"...Que sempre foi o desejo de seu esposo de adotar C. legalmente como sua verdadeira filha, e não o fizeram, porque acreditavam que tinham de aguardar que a menina completasse 18 anos, sendo que nesse ínterim seu esposo faleceu. Que a relação entre C. e seu esposo era de muito carinho e proteção..." (grifamos)

Oitivada também a adotanda, atendendo ao disposto no art. 28, § 1º do ECA, a adolescente disse que:

"...deseja que os seus verdadeiros pais, M. A. e A. C. A. , constem do seu registro de nascimento, pois desde pequena convivia na companhia daqueles, sempre criada como verdadeira filha, tanto que só tomou conhecimento da sua estória de vida quando tinha 10 anos. Que sempre foi tratada como filha, não tendo qualquer diferença em relação aos outros filhos do casal..." Afirmando ainda que o Sr. A. foi o pai que conheceu, e lhe "...dava toda atenção de um verdadeiro pai, levando-a a escola , participando dos eventos festivos, enfim recebeu todo o carinho e assistência familiar...", e se não fosse possível o reconhecimento da paternidade daquele "...lhe traria muita tristeza, pois foi o pai que conheceu...". (grifamos)

Os filhos biológicos da requerente e do falecido declararam que concordavam "...plenamente com o pedido formulado por sua mãe, pois C. V. é uma verdadeira irmã dos declarantes, e que a

adoção era um desejo do seu pai ,...que sempre considerou a menina como filha, não tendo efetivado qualquer distinção em relação aos declarantes...”, ver fls. 49.

As testemunhas oitivadas em Juízo, ver fls. 57 a 58, ratificaram os laços socioafetivos existentes entre a adotada e os pais afetivos, a requerente e o seu esposo, que a criaram desde pequena como se sua filha fosse, a qual foi integrada no seio da família, já tendo a adoção, na prática, sido concretizada de fato, enfim não existem dúvidas que o Sr. A. deseja adotar C., sendo esta a vontade de ambos - o que já seria suficiente - bem como dos demais membros da família.

## **DA ADOÇÃO PÓSTUMA E POSSIBILIDADE JURÍDICA**

A adoção póstuma foi prevista pelo ECA, precisamente no art. 42, § 5º, sendo um avanço em tal matéria, uma vez que os diplomas anteriores não trataram de tal possibilidade, tendo o estatuto estabelecido duas condições: a inequívoca manifestação de vontade e a existência de procedimento instaurado.

No que pertine a primeira condição, não resta dúvida que o legislador agiu corretamente, pois o próprio significado da palavra adoção implica em aceitação voluntária de uma criança ou adolescente como filho, desejo de acolher, perfilhamento de filho que não decorre da genética, e sim do afeto, portanto tal condição jamais poderia ser imposta, sendo indispensável a demonstração volitiva de tal pretensão.

Quanto à outra condição, existência de procedimento instaurado, efetivamente temos que interpretar tal aspecto atrelado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, estabelecidos nos arts. 1º, III, 226 § 7º, e 227 da CF, bem como em razão da doutrina da proteção integral, prevista no ECA, especialmente nos art. 4º e 6º, onde o melhor interesse da criança e adolescente deverão ser observados, sem esquecer que a paternidade sócioafetiva, através da posse de estado de filho, recebeu respaldo no novo Código Civil, através dos arts. 1593, 1596, 1597, V, 1626, 1628, sinalizando com a construção de laços de parentalidade baseados no compromisso assumido e no afeto, que deve prevalecer sobre a biológica, levando-se em

consideração a convivência, as relações construídas dia a dia, a história de vida das pessoas envolvidas, enfim a identificação do estado de filiação, que deve ser entendido como verdade real.

No caso dos autos, como Vossa Excelência pode observar, das provas produzidas na instrução processual, a jovem sempre foi trata pelo casal A. S. como filha, e lhe dedicaram todo o amor, assistência e cuidados necessários, tudo ratificado pelos depoimentos prestados pela requerente e adotada, bem como das testemunhas oitivadas, e ainda pelos próprios filhos biológicos do casal, que também declararam que tinham pleno conhecimento da pretensão dos pais, sendo inequívoca que a vontade do conjugue falecido era adotar legalmente C. V. , pois a adoção de fato já havia acontecido há muito tempo, quando a menina foi acolhida pela família substituta com poucos dias de vida, situação posteriormente regularizada através da guarda, ver processo em apenso.

Poderíamos afirmar ser justo negar o pleito de adoção pelo simples fato da não formalização do pedido em juízo? Podem os operadores do direito apagar a história de vida das pessoas, interferindo nas relações socioafetivas que ultrapassam os limites da lei fria? Acaso negada a adoção póstuma do conjugue falecido, teria a adolescente lançado na certidão de nascimento, em substituição ao registro cancelado, apenas o nome da requerente viúva, como se pai não tivesse, quando possuiu um verdadeiro pai, dedicado e responsável? Acredito que não, pois não estaríamos sendo justo, e negaríamos o relevante aspecto da paternidade responsável e acolhimento de filhos, independente da origem da filiação.

O fundamento jurídico da pretensão requerida decorre do princípio da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente, cabendo ao Judiciário diante do conflito entre a filiação biológica e socioafetiva, acatar a pretensão mais justa e que melhor atenda ao princípio no qual poderia ser resumido todo o ordenamento jurídico vigente: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Acerca do tema da adoção póstuma, o renomado Prof. Liborni Siqueiram, deixou a seguinte lição: "... Certamente que haverá uma elasticidade interpretativa em face da doutrina da proteção integral. Acreditamos que uma prova inequívoca da manifestação da vontade, por documentos, testemunhas, etc., valerá como fundamento para deferir-se o pedido".

Da mesma forma, os tribunais brasileiros, freqüentemente, têm dado interpretação abrangente ao pilar protecionista que norteia todo o ECA, violando “... a letra da lei, mas não o seu espírito, ao salvaguardar interesses de crianças e adolescentes discutidos em juízo...”, e nesse aspecto destacamos as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Goiás, “... ao apreciar recurso de apelação interposto contra sentença que deferiu a adoção de neto por avós, confirmou o decisório, sob o argumento de que, a despeito da clara proibição prevista no art. 42, § 1º, o Estatuto tinha – e tem – sempre em mente a proteção e o amparo a criança e adolescente (Apelação Cível n. 34.595-01/88, comarca de Formosa, Rel. Des. Gonçalves Teixeira e Silva – in Revista Jurídica, vol. 209, p. 77-81)”, e ainda do Tribunal de Minas Gerais, que baseado no argumento acima “...passou por cima do requisito etário previsto no art. 42, § 3º, e deferiu a adoção à pessoa que não era 16 (dezesesseis) anos mais velha que o adotando (Ap. Civ. N.º 4.779/5 – 4ª C ^ m., rel. Des. Caetano Carelos, mesma revista, p. 91)”.

Reconhecendo ainda a jurisprudência as relações socioafetivas como uma das formas de origem da filiação, senão vejamos:

“A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na Lei n.º 8.069/90 (especialmente nos art. 4º e 6º), ser possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, revelada pela ‘posse do estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação’”. (TJRS – AI 599 296 654 – 7ª C. Cível – Rel. Luiz F. Brasil Santos – Unânime - J. 18.08.1999). Grifamos.

No mesmo sentido destacamos o Enunciado n.º 103 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado(STJ), acerca do parentesco civil:

“O código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho.” (grifamos)

Para finalizar, não podemos esquecer que a Convenção sobre os Direitos da Criança, acatada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.89, ratificada pelo Brasil em 26.01.90, e aprovada pelo Senado através do Decreto Legislativo n. ° 28, de 2614.09.90, assim estabeleceu: Art 3º - “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”, considerando como criança, a mesma convenção, “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”, portanto o interesse maior das pessoas em desenvolvimento deverá prevalecer sobre qualquer outro, pautando também as ações dos membros dos poderes constituídos.

Assim sendo, diante das razões expositadas, somos pelo deferimento do pedido, para que seja destituído o Poder familiar dos pais biológicos da adotada, julgando procedente ainda o pedido de adoção, que apresenta reais vantagens para a jovem e funda-se em interesses legítimos, com o cancelando do registro civil original, devendo a nova inscrição consignar o nome da requerente e do seu esposo falecido como pais, bem como dos ascendentes, cujo o nome da adolescente deverá ser grafado na forma declinada às fls. 48, tudo na forma da lei.

É o nosso parecer.

Aracaju-SE, 28 de junho de 2004.

*Maria Lilian Mendes Carvalho*  
PROMOTORA DE JUSTIÇA

# HABEAS CORPUS – IMUNIDADE PARLAMENTAR

## PARECER

### I – SUMÁRIO

1. M.B.R., alhures qualificado nos autos, impetrou *HABEAS CORPUS* com o fim de trancar a ação penal privada contra ele promovida pela NORCON – Sociedade Nordestina de Construções S.A.

2. O que motivou o presente remédio foi à designação de audiência preliminar pelo Juízo do Segundo Juizado Especial Criminal desta Comarca de Aracaju.

3. Nas suas razões, o paciente alega decadência do direito de queixa, imunidade parlamentar e constrangimento ilegal pelo recebimento da ação penal privada.

4. A Norcon, por seu turno, sustenta seu posicionamento na conduta difamatória do querelado e sua veiculação pela imprensa, donde incidiria nas disposições do art. 21 da Lei n.º 5.250 (Lei de Imprensa).

5. O Juízo impetrado, ora coator, prestou informações no prazo legal, onde alegou a inoccorrência de decadência e da prevenção. Alega ainda que a ação penal privada ainda não fora recebida, pois somente foi marcada a audiência de conciliação e não de instrução e julgamento. Ainda, informou que somente apreciará a tipicidade do fato quando do julgamento final.

6. Os autos foram encaminhados para esta Turma Recursal por decisão do Desembargador-relator Gilson Góis Soares, donde resta para este membro do Ministério Público emitir o presente parecer.

### II – DA CADUCIDADE DO DIREITO DE QUEIXA

7. Analisando a alegação de decadência do direito de queixa, é forçoso reconhecer que a mesma não ocorreu. Como bem observou

a informante, o prazo de 03 (três) meses é contado da data da publicação, para os crimes de imprensa (art.41, § 1º, Lei nº 5.250/1967). Assim, o fato foi veiculado pelo Jornal Correio de Sergipe no dia 28 de janeiro de 2004, findando o prazo no dia 28 de abril do mesmo ano. Sendo a queixa oferecida no dia 19 de abril de 2004, não há como falar em decadência, pois.

### III – DA PRERROGATIVA PARLAMENTAR

8. A inviolabilidade parlamentar é prerrogativa de função, que existe para que o funcionário público (mais especificamente o parlamentar) bem desempenhe as suas funções. Esta é prevista constitucionalmente e possui limitações.

9. A Constituição da república, em seu art. 29, inciso VIII, estabelece a inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos. Esta inviolabilidade é absoluta e exclui totalmente a tipicidade da conduta. Sua justificativa está na necessidade de uma atuação liberta de influências e constrangimentos nas discussões legislativas, conforme ensina Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>, transcrevo:

“A inviolabilidade (não confundir com imunidade parlamentar) é a exclusão da punibilidade de certos atos praticados pelos agentes públicos no desempenho de suas funções e em razão delas. A inviolabilidade exclui o crime, diversamente da imunidade, que impede o processo enquanto não autorizado pela respectiva Câmara.

Para dar plena liberdade aos agentes públicos na manifestação das suas opiniões sobre os assuntos sujeitos à sua apreciação ou informação prestada no cumprimento de dever de ofício e lei penal contempla a inviolabilidade em relação aos crimes de difamação e injúria (art. 142, III). Sendo o vereador considerado

---

<sup>1</sup> Direito Municipal Brasileiro, 13ª ed.. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 600/601.

funcionário público para efeitos penais (CP, art. 327), beneficia-se da inviolabilidade por suas opiniões, votos ou pareceres emitidos no exercício de suas funções.”

10. Os únicos requisitos constitucionais que são exigidos para sua aplicação é que o candidato esteja no exercício do mandato eletivo e que a conduta seja praticada na circunscrição do município, *verbis*:

*“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*

.....  
*VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;”*

11. A norma constitucional é clara e de aplicação imediata e plena. Assim, qualquer opinião, palavra ou voto emitido por vereador em exercício de mandato e na circunscrição do município sobre a matéria legislativa está segurado pela imunidade material, repita-se.

12. Como consta dos autos, fls. 27/82, as declarações foram feitas na própria tribuna da casa legislativa, mais precisamente na 56ª sessão ordinária do dia 05 de agosto de 2002 da Câmara de Vereadores do Município de Aracaju, atendendo, assim, os requisitos constitucionais.

13. Ora, a notícia apenas foi veiculada pela imprensa, mas o fato se deu na própria casa legislativa do município de Aracaju, local onde o querelado exerce seu mandato popular. Portanto, está totalmente assegurado pela inviolabilidade parlamentar. Sobre a matéria há densa e preciosa jurisprudência tratando da inviolabilidade parlamentar, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL – VEREADOR:  
IMUNIDADE MATERIAL: CF, ART. 29, VIII –

RESPONSABILIDADE CIVIL – 1. Imunidade material dos vereadores por suas palavras e votos no exercício do mandato, no município e nos limites dos interesses municipais e à pertinência para com o mandato. 2. Precedentes do STF: RE 140.867-MS; HC 75.621-PR, Moreira Alves, “DJ” de 27.03.1998; RHC 78.026-ES, O. Gallotti, 1ª T., 03.11.1998. 3. A inviolabilidade parlamentar alcança, também, o campo da responsabilidade civil. Precedente do STF: RE 210.19917- RJ, S. Pertence, Plenário, 12.08.1998. 4. – RE conhecido e provido. (STF – RE 220687 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 28.05.1999 – p. 25)”

“HABEAS CORPUS – VEREADOR – CRIME CONTRA A HONRA – RECINTO DA CÂMARA MUNICIPAL – INVIOLABILIDADE (CF, ART. 29, VIII, COM A RENUMERAÇÃO DADA PELA EC Nº 1/92) – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – Estatuto político – Jurídico dos Vereadores e Inviolabilidade Penal. A Constituição da República, ao dispor sobre o estatuto político-jurídico dos Vereadores, atribuindo-lhes a prerrogativa da imunidade parlamentar em sentido material, assegurando a esses legisladores locais a garantia indisponível da inviolabilidade, “por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato e na circunscrição do Município” (CF, art. 29, VIII). Essa garantia constitucional qualifica-se como condição e instrumento de independência do Poder Legislativo local, eis que projeta, no plano do direito penal, um círculo de proteção destinado a tutelar a atuação institucional dos membros integrantes da Câmara Municipal. A proteção constitucional inscrita no art. 29, VIII, da Carta Política estende-se – observados os limites da circunscrição

territorial do Município – aos atos do Vereador praticados *ratione officii*, qualquer que tenha sido o local de sua manifestação (dentro ou fora do recinto da Câmara Municipal). Imunidade formal. Prévia licença da Câmara Municipal. Prerrogativa constitucional não outorgada pela Carta Política ao Vereador. Os Vereadores – embora beneficiados pela garantia constitucional da inviolabilidade – não dispõem da prerrogativa concernente à imunidade parlamentar em sentido formal, razão pela qual podem sofrer persecução penal, por delitos outros (que não sejam crimes contra a honra), independentemente de prévia licença da Câmara Municipal a que se acham organicamente vinculados. Doutrina. Jurisprudência (STF). Trancamento da Ação Penal nos crimes contra a honra. O Vereador, atuando no âmbito da circunscrição territorial do Município a que está vinculado, não pode ser indiciado em IP e nem submetido a processo penal por atos que, qualificando-se como delitos contra a honra (calúnia, difamação e injúria), tenham sido por ele praticados no exercício de qualquer das funções inerentes ao mandato parlamentar: função de representação, função de fiscalização e função de legislação. A eventual instauração de *persecutio criminis* contra o Vereador, nas situações infracionais estritamente protegidas pela cláusula constitucional de inviolabilidade, qualifica-se como ato de injusta constrição ao status *libertatis* do legislador local, legitimando, em consequência do que dispõe a Carta Política (CF, art. 29, VIII), a extinção, por ordem judicial, do próprio procedimento penal persecutório. (STF – HC 74.201-7 – Minas Gerais – 1ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 13.12.1996)”

**“DIFAMAÇÃO – QUEIXA-CRIME – VEREADOR**

– INVIOLABILIDADE PARLAMENTAR – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CRIME DE DIFAMAÇÃO – ART. 21, DA LEI Nº 5.250/67 – INÉPCIA DA QUEIXA-CRIME – FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – IMUNIDADE PARLAMENTAR DE VEREADORA – ART. 29, VIII, DA CONSTITUIÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – I – A queixa-crime atende às exigências do art. 41, do Código de Processo Penal, haja vista que ocorreu, com precisão, a descrição da conduta que, em tese, configuraria o delito de difamação. É o que basta para permitir o exercício de defesa da querelada. II – Por não exercer, a querelante, função pública, típica ou atípica, a ação penal é privada e não pública condicionada. III – Vereador não é protegido por imunidade parlamentar, mas sim acobertado pela inviolabilidade parlamentar. São institutos que se completam, mas, que não se confundem. No caso, assegura-se apenas a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos, condicionada, entretanto, a dois fatores: exercício do mandato e circunscrição do Município. (STJ – RHC 3.387-8/SP – 6ª T. – Rel. Min. Pedro Aciole – DJU 16.05.1994)”

14. Desta forma, forçoso é reconhecer a inviolabilidade do paciente, não restando outro proceder, senão o reconhecimento da atipicidade do fato e, conseqüentemente, a inépcia da queixa-crime, por ausência da condição da ação.

### **III – DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL**

15. No que diz respeito ao constrangimento ilegal, este, de fato, ocorreu.

16. Como fora analisado anteriormente, a inviolabilidade parlamentar exclui a tipicidade da conduta, causando a inépcia da queixa, por ausência de uma condição da ação penal.

17. Assim, não resta dúvida de que, o fato de estar sendo intimado para comparecer a Juízo, a fim de participar de Audiência de Conciliação, por um fato que não é crime, por si só, revela-se uma tormenta para qualquer cidadão e, portanto, se constituindo em constrangimento ilegal.

18. O fato, flagrantemente, não é crime. O paciente está segurado pela *Norma Normarum*, que exclui a tipicidade das opiniões palavras e votos dos vereadores, não há razão para ser chamado a conciliar e ou encontrar-se respondendo a mencionada ação, pois.

19. No caso em apreço, o Juízo do 2.º Juizado Especial Criminal não observou o disposto no art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal, que obriga a rejeição da queixa, quando o fato descrito na peça vestibular evidencia desde logo a ausência de antijuridicidade na conduta do agente, que é condição da ação, conforme inteligência do art. 41 da mesma codificação, como é o caso dos autos.

20. A melhor jurisprudência (STJ) corrobora nosso entendimento, senão vejamos:

“ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – TJMT: “Se o fato descrito na peça vestibular evidencia desde logo a ausência de antijuridicidade na conduta do agente, a denúncia deve ser desde logo rejeitada, consoante o permissivo do art. 43, I, CPP” (RT 549/389).

21. De forma que, ação penal é atípica e o paciente sofre com o constrangimento por que tem passado, mesmo quando apenas foi marcada audiência de conciliação. O vereador não necessita negociar ou conciliar sobre um fato que foi praticado ao abrigo de inviolabilidade parlamentar, conforme inteligência do art. 29, inciso VIII, da Constituição Federal. Razão porque efetivamente a ação instaurada pode ser trancada por via do *habeas corpus* (art. 648, I do CPP).

#### IV – DO PEDIDO

22. Frente ao exposto, hei por bem de opinar pelo deferimento da ordem de *Habeas Corpus* impetrada, para que seja então, trancada a ação penal intentada contra o paciente, ora vereador, porque protegido pela cláusula constitucional de inviolabilidade, em

conseqüência do que dispõe a Carta Política (CF. art. 29, VIII), e em respeito às disposições do art. 43, I, do CPP.

Aracaju,

*Paulo Lima de Santana*  
PROMOTOR DE JUSTIÇA

# **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**EXCELENTÍSSIMO(A) SR.(A) DR.(A) JUIZ(A) DE  
DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE  
ARACAJU/ESTADO DE SERGIPE.**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE,** através da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente e Urbanismo, por sua representante legal, legitimado pelo art. 129, inciso III, da Constituição Federal, e com fundamento no artigo 81 do Código de Processo Civil, arts. 1º, 3º, 11 e 12, da Lei 7.347/85, vem, perante Vossa Excelência ajuizar a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, tendente a firmar preceitos cominatórios de obrigação de fazer e não fazer, com fixação de multa diária e concessão liminar das referidas obrigações, em face da **EMSETUR-EMPRESA SERGIPANA DE TURISMO S/A**, pessoa jurídica de direito privado, sociedade de economia mista estadual inscrita no CGC sob o nº 13.076.534.0001-43, com sede administrativa à Travessa Baltazar Góes, nº 86, 11º a 13º andares do Edifício Estado de Sergipe, Centro, nesta Capital, do **CONDOMÍNIO DO EDÍFICIO HOTEL PALACE DE ARACAJU**, representado pelo Síndico Isaias Ferraz Macedo, brasileiro, separado judicialmente, cirurgião-dentista, portador do RG nº 845.643, SSP/BA e CPF nº 189.2893.035-87, residente e domiciliado na Av. Delmiro Gouveia, Pousada Lírios do Vale, apto. 25, Coroa do Meio, nesta Capital, dos proprietários **JOSÉ WANDERLEY ALMEIDA**, brasileiro, solteiro, advogado, portador do RG n. 305.983-9 SSP/SE e CPF n. 116.852,895-44, residente e domiciliado à Rua São Cristovão, n. 2112, apto. 910, Ed. Jangada, Centro, Aracaju; **ESPÓLIO ISAIAS CARVALHO DANTAS**, representando por **JOSEFINA DE MATOS DANTAS**, brasileira, viúva, aposentada, portadora do RG n. 529.407 SSP/SE e do CPF n. 402.499.805-68, residente e domiciliada à Rua 3, n. 116, Conjunto Sol Nascente, Bairro Jabotiana, **WILSON BARBOSA PORTO**, brasileiro, aposentando portador do RG n. 41.124 SSP/SE e CPF n. 003.722.185-04, residente e domiciliado à Rua Lagarto, n. 266, Ed. Joanópolis, apto. 104, Bairro São José, Aracaju/SE; **VANDA MARIA RODRIGUES DE OLIVEIRA**, brasileira, solteira, cirurgiã dentista, portadora do RG n. 177.269 SSP/SE e CPF n. 111. 613.105-68, residente e domiciliada à Rua Frei

Paulo, n. 1052, Conj. Amintas Garcez, Bairro Suissa, Aracaju/SE; **HELENA FONTES SANTOS**, brasileira, solteira, cirurgiã dentista, portadora do Rg n. 272.12 SSP/SE e CPF n. 127.080.625-49, residente e domiciliada na Av. Carlos Bulamarque, n. 145, Centro, Aracaju /SE; **ISAIAS FERRAZ MACEDO**, brasileiro, separado judicialmente, cirurgião dentista, portador do Rg n. 845.643 SSP/BA e CPF n. 189.2893.035-87, residente e domiciliado na Av. Delmiro Gouveia, Pousada Lírios do Vale, apto. 25, Corroa do Meio, Aracaju/SE; **MARCUS VINICIUS PEREIRA DE AGUIAR**, brasileiro, casado, comerciante, portador do RG n. 1.178.551 SSP/SE e do CPF n. 203.775.504-00, residente e domiciliado na Av. Beira Mar, 2340, Ed. Palm Springs, apto. 701, Grageru, Aracaju/SE; **ESPÓLIO DE ISAAC CHAPERMAN**, representado por sua inventariante **MARIA OSMETE DA CONCEIÇÃO**, brasileira, viúva, portadora do RG n. 92.716 SSP/SE e CPF n. 022.278.275-72, residente e domiciliado na Av. Beira Mar, n. 1370, apt. 601, Bairro 13 de Julho, nesta Capital, **RIBEIRO CHAVES S/A- Industriais**, pessoa jurídica de direito privado constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, inscrita no CPNJ sob o n.º 13.012.554/0001-50, estabelecida na Av. João Rodrigues nº 582, Bairro Industrial, Aracaju/SE, representado por **RUBIA SABINO RIBEIRO CHAVES FELIZOLA**, brasileira, casada, portadora do RG n. 226.020 SSP/SE e do CPF 154.650.475-34; **JOSÉ BISPO DOS SANTOS**, brasileiro, solteiro, chaveiro, portador do RG 199.599 SSP/SE, residente e domiciliado, à Rua Capitão Benedito Teófilo Otoni, nº 370, bairro 13 de Julho, nesta Capital, **HÉLIA MARIA PRADO DE CASTRO**, brasileira, separada judicialmente, empresária, residente e domiciliada na Av. Beira mar, nº 704, apt.1102, Praia 13 de Julho, **EMICAL-Empreendimentos Imobiliários Cafuz Ltda**, pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada inscrita no CNPJ sob o nº 13.168.935/0001-23, situada na Av. rio Branco, nº186, Lj. 04, Centro, nesta Capital, representado por seu sócio Carlos Adolfo Costa Prado, brasileiro, casado, agropecuarista, portador do RG nº093.896, SSP/SE, residente e domiciliado na rua Riachuelo, nº 320, apt. 201, Centro, nesta Capital e outros e do **MUNICÍPIO DE ARACAJU**, pessoa jurídica de Direito Público Interno, com sede na Praça Olímpio Campos, nº180, nesta

Cidade, representado pelo Prefeito Municipal, Marcelo Déda Chagas, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

## 1- DO HISTÓRICO DOS FATOS

*1.1- Consta do Procedimento Administrativo que o Edifício Hotel Palace de Aracaju, inaugurado em 24 de junho de 1962, situa-se na Praça General Valadão. O antigo Hotel pertence também a Emsetur, que é proprietária do 3º ao 12º andar, encontra-se em estado de abandono a cerca de 12(doze) anos, integrando o complexo comercial constituído de lojas, salas para escritório, em pleno funcionamento. Ressalte-se que a GRPU-Gerência do Patrimônio da União é proprietária do 2º pavimento, que juntamente com o térreo e o 1º andar, compõem a galeria e o CONDOMÍNIO DO EDÍFICIO HOTEL PALACE DE ARACAJU(doc. de fls.479 a 495).*

1.2-Nos idos de 1999, a CEHOP apresentou Projeto de Recuperação, composto de memorial descritivo, especificações técnicas, planilha de quantitativos e registro fotográfico(doc. de 04 a 48), restando caracterizados danos e patologias na estrutura do prédio, referentes a torre do hotel, terraço, marquises, estrutura de concreto armado, fachada, demonstrando com exatidão as condições de segurança e habitabilidade do Edifício Hotel Palace de Aracaju.

1.3-No dia 19 de junho de 2000, na sede da Promotoria Especializada do Meio Ambiente e Urbanismo, em audiência pública (doc. de fls.61), ficou registrado que as instalações do antigo Hotel Palace seria transferido para a Confederação Nacional do Comércio. Todavia, nada foi feito pela Emsetur, até o presente momento, visando dar destinação específica a parte do imóvel de sua propriedade, em flagrante situação de abandono.

1.4-Assim, a Defesa Civil e Corpo de Bombeiros apresentaram relatório técnico a respeito das condições físicas do edifício Hotel Palace de Aracaju, destacando irregularidades e a carência de utensílios que pudessem servir para neutralizar o fogo; alguns poucos extintores existentes estão guardados, vencidos, ou em locais de difícil acesso (fls 71 a 84). Por outro lado, o acúmulo de lixo em diversos compartimentos, além de atração de insetos, ratos, podem gerar um incêndio de grandes proporções.

1.5-Após o desmoronamento da marquise, em 01 de maio de 2002, sem vítimas fatais, restou evidenciado o perigo a que estão submetidos todos os transeuntes e consumidores que adentram os estabelecimentos comerciais, em busca de mercadorias, na galeria do Edifício Hotel Palace de Aracaju, ou em suas cercanias. A Emsetur, naquela oportunidade, manifestou-se na forma seguinte: *“O que temos, a bem da verdade, são informações técnicas da CEHOP, dando conta da necessidade de se promover uma recuperação do imóvel dentro de curto espaço de tempo, de modo a evitar maiores problemas no futuro”* (fls. 102).

1.6-Outro resultado advindo do desabamento da marquise, foi a solicitação formalizada pela EMURB à EMSETUR, com fundamento na Lei Municipal 2765/99, atinente a elaboração de Laudo de Vistoria Técnica das condições atuais da edificação.

## **2-DO RISCO DE INCÊNDIO E CONSEQÜENTE DESABAMENTO DO EDIFÍCIO HOTEL PALACE DE ARACAJU**

2.1-Em dezembro de 2002, a CEHOP encaminhou ao Ministério Público de Sergipe Parecer Técnico(vinculado a ART Nº 111000001233000030240) elaborado pelo Eng. Artur Luiz de Melo, descrevendo as anomalias apresentadas pela edificação, informando que não havia risco iminente de desabamento(doc. de fls. 202 a 243).

2.2- Todavia, o risco de incêndio existe, a cada segundo, colocando em perigo todo o Centro Histórico de Aracaju, mormente, porque há no edifício material comburente. Nesse momento transcreve-se trecho do parecer técnico, em epígrafe: *“As anomalias, possíveis de caracterização, no que tange a ESTRUTURA de concreto, não evidenciam risco de instabilidade iminente, conquanto já seja onerosa a sua revitalização. Entretanto, o risco de incêndio existe a cada segundo, pois que o prédio com esquadrias em ruína, vidros quebrados, beirando os 50 metros de altura, sem obstrução a ação dos ventos, pisos de madeira e carpete, esquadrias de madeira, armários e outros materiais comburentes, chegam a constituir alvo de fâsca carregada pela atmosfera, ponta de cigarro, ou mesmo da própria instalação elétrica, que deve ser totalmente desligada”*.

2.3-Digno de nota é que não há ainda, com precisão, o grau de afetação das patologias sobre a estrutura do edifício Hotel Palace de Aracaju, assim se pronunciou, o Eng. Artur Luiz de Melo no Parecer Técnico(vinculado a ART Nº 111000001233000030240): “ *No tocante a estrutura, determinar sua capacidade resistente através de ensaios para conhecimento dos índices de contaminação por cloretos, pela atmosfera urbana, grau de corrosão de armadura, alcalinidade do concreto e sua tensão residual à compressão, que ofereçam indicadores da decisão sobre a alternativa a ser adotada. Revitalização ou Demolição sumária*”(doc. de fls.205)

2.4-Assim sendo, no dia 17 de junho de 2003, a Emurb apresentou parecer técnico(fl. 249 a 256) sobre o edifício Hotel Palace de Aracaju, manifestando-se favorável a interdição do prédio. Vejamos parte do texto:

*“Trata-se de um prédio antigo de doze pavimentos, construído de concreto armado, porém em função do abandono apresenta estrutura frágil e mau estado de conservação, com grande e comprometedoras fissuras e infiltrações em avançado estágio de deterioração pela ação de pragas e intempéries, o que atesta as más condições de segurança e habitabilidade.*

*Portanto, a estrutura acima descrita não apresenta boas condições de segurança, tanto que a marquise entrou no processo culminando no colapso e conseqüentemente o desabamento sobre o passeio do prédio. Para evitar o risco de mais desabamentos foi determinada a retirada total do restante das marquises, oferecendo então a segurança aos seus ocupantes como também à incolumidade pública. Por demais claro, o parecer dos engenheiros civis, ao constatarem as más condições de segurança e habitabilidade, bem como os riscos que eventual desabamento poderá trazer a incolumidade pública”.*

2.5-Com base em tais pareceres, esta Promotoria de Justiça do Meio Ambiente e Urbanismo, em 17 de setembro de 2003, promoveu uma reunião com representantes da Defesa Civil, Emsetur, Corpo de Bombeiros, comerciantes e lojistas.

2.6- Se houver um incêndio, o desabamento é uma consequência natural, em face da falta de meios eficazes para o combate ao sinistro; o acesso único do edifício, restringe-se a escada, com menos de um (1) metro de largura, não estando a edificação devidamente aparelhada e adequada, conforme relatório da lavra do Corpo dos Bombeiros(doc. de fls.336 a 340)

### **3-DOS SERVIÇOS E OBRAS EMERGENCIAIS, DE MANUTENÇÃO E RECUPERAÇÃO DA ESTRUTURA DE CONCRETO DO EDIFÍCIO HOTEL PALACE DE ARACAJU**

3.1-O prédio continuou abandonado, do 3º ao 12º andar. Portanto, esta Agente Ministerial solicitou a atualização de relatório de vistoria, Parecer Técnico(vinculado a ART N° 111000001233000030240) elaborado pelo Eng. Artur Luiz de Melo, que informou o agravamento das anomalias e do risco de incêndio, trazendo o elenco de serviços de natureza emergencial, acompanhado de planilha orçamentária(doc. de fls.496 a 557e 558), quais sejam: a)retirar todos os revestimentos de carpete, colados sobre os tacos de madeira; b)revisão de todas as esquadrias de madeira e alumínio, externas, internas, armários, balcões e afins; c)remoção das pastilhas soltas e revestimento externo com pastilhas de Cerâmica, recompondo a fachada principal;d) remoção do deck de madeira-play-Groud, e)rebaixamento da caixa de dois elevadores até o térreo, parados no 12 andar; f) desativação da rede de energia elétrica, a partir do 3º andar; g) tratamento das patologias de maior grau de risco; h)revisão de impermeabilização e revestimento de todo o pátrio descoberto (teto das lajes do 3º pavimento);i) retirada de toda vegetação, que gera obstrução em tubulações até o rompimento de elementos de concreto e alvenaria;j) retirada de dispositivos que prenunciem risco de desabamento fixados no topo do prédio, permanecendo apenas a haste de luz de topo, com todas as prerrogativas de segurança; l)instalação de sistema de proteção SPDA (para-raios); m) recuperação estrutural da piscina; n)revisão dos peitoris; o)

recuperação das vigas e pilares da fachada principal;p)recuperação da borda da marquise, cuja ferragem exposta ao intemperismo, constitui elemento de instalação e propagação da corrosão e conseqüente enfraquecimento da edificação e outros que se fizerem necessários(496 a 501, 557 e 558).

3.2- A execução de serviços emergenciais, com escopo de retirar o prédio do risco iminente de incêndio, foi um alternativa trazida a baila pelos condôminos do Edifício Hotel Palace de Aracaju, pois alcançam os seguintes objetivos: “ 1- afastaria o risco de incêndio provocado por qualquer fagulha carregada pelos ventos, ou por qualquer centelha verificada nos milhares de metros de condutores degradados e embutidos na edificação;2- tentaria por fim ao exército de cupins questão ameaçando até as lojas em atividade;3- recuperaria a piscina, estancando o processo de degradação de seus componentes e afastando o risco de seu colapso nos próximos 3 a 5 anos;4- desceria as Caixas de Elevadores ao Térreo;5- recuperaria as regiões mais afetadas das 03 primeiras laje e terraço;6- promoveria Recuperação da Cobertura e dispositivos nela afixados;7-trataria das Fachadas e suas esquadrias”(fls.500).

3.3-Os serviços de manutenção são aqueles peculiares a todo e qualquer edifício, tais como: revisões periódicas de todos os andares sob sua responsabilidade; abertura de janelas para aeração dos ambiente; verificação do aparecimento de fungos e/ou cupins, sendo mantidas limpas as instalações, além de estar em dia com as exigências de manutenção, monitorada pela Emurb, conforme informação técnica de fls.558.

3.4- Ademais, os serviços de recuperação de concreto do prédio devem ser executados através da contratação de empresa especializada, para extirpar as anomalias diagnosticadas no relatório fotográfico da CEHOP (doc. de fls.558), cujo início das obras não devem ultrapassar 365 (trezentos e sessenta e cinco dias), a partir da execução dos serviços urgentes, uma vez que se tornam mais onerosas a cada dia.

## **4-DAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA COM BASE NO RELATÓRIO DE VISTORIA TÉCNICA ATUALIZADO**

4.1-A pedido desta Agente Ministerial, o Eng<sup>o</sup> Artur Luiz de Melo remeteu ADENDO A CONCLUSÃO DO RELATÓRIO DE VISTORIA TÉCNICA REALIZADA NO ED. PALACE HOTEL – ARACAJU ( em novembro de 2003- fls.495 a 552)

4.2-Segundo o competente engenheiro, os serviços emergenciais são imprescindíveis, inadiáveis, indispensáveis, embora insuficientes, pois reclamam a execução de serviços de manutenção de todo o edifício e de recuperação da estrutura de concreto, num prazo exíguo. Tal alternativa, se não for seguida de uma destinação específica, não traz benefícios para os proprietários, mormente, para a EMSETUR, visto que o imóvel permanecerá desabitado e mal utilizado.

4.3-As soluções recomendadas pela CEHOP-COMPANHIA ESTADUAL DE OBRAS PÚBLICAS passam pela revitalização imediata do prédio ou demolição, acompanhada de projeto moderno, desenvolvido dentro de uma visão futurista( doc. de fls. 551 e 552). Cumpre salientar que a revitalização imediata e a demolição do prédio requerem sua desocupação total, fazendo florescer questões atinentes a responsabilidade civil e ao direito de indenização, em face do estado de abandono do imóvel especialmente do 3<sup>o</sup> ao 12<sup>o</sup> andar.

4.4-Cabe ao Ministério Público de Sergipe, na tutela de interesses difusos da população, postular a eliminação de situação de risco aos cidadãos, seja qual for a solução técnica a ser implementada. O importante, no contexto atual, é que os cidadãos aracajuanos não estejam em perigo ao transitar pelas cercanias e ao entrar nas lojas da galeria do Edifício Hotel Palace de Aracaju.

## **5-DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

5.1-Na seara jurídica, o urbanismo vem percorrendo rapidamente o caminho da autonomia como ramo do direito recém-nascido das entranhas do direito administrativo, com características peculiares que delineiam o seu perfil, a partir de quatro funções urbanísticas: habitação, trabalho, circulação e recreação. Originam-se de tais funções, relações jurídicas, que engendram direitos difusos

e coletivos, pois todos os cidadãos, que vivem e trabalham nas cidades usufruem do mesmo espaço urbano, sendo em última análise, a cidade, um bem de vida difuso.

5.2-Revela-se nitidamente o caráter difuso dos interesses atinentes à tutela da incolumidade física dos cidadãos aracajuanos (transeuntes, consumidores e comerciantes que laboram dentro do prédio), atingindo a sociedade de forma indivisível.

5.3-Objetivam os interesses difusos sobretudo a qualidade de vida, a segurança dos cidadãos, a existência e conservação das fachadas dos edifícios, das vias de circulação e logradouros públicos dentro de uma perspectiva urbanística traçada com base em toda legislação vigente, que enfeixa leis publicadas pela União, por cada Estado e Município e pelo Distrito Federal.

5.4- É Indiscutível a legitimação do Ministério Público, consagrada expressamente nos art. 127, *caput*, c/c o art. 129, inciso III, da Carta Política de 1988. Contestar a legitimidade extraordinária do Ministério Público seria o mesmo que questionar a constitucionalidade do art. 25, IV, alínea a, da Lei no 8.625/93 e, especialmente, do art. 1o, inciso III, 11 e 12 da Lei no 7.347/85, recentemente alterado pelo Estatuto da Cidade (lei federal n. 10.257/2001), para incluir entre os interesses a serem tutelados pela ação civil pública aqueles relativos à ordem urbanística.

## 6-DO DIREITO

6.1- A Carta Magna do Município de Aracaju erigiu como prioridade a preservação da cidade e suas construções de reconhecido valor histórico. Vejamos:

*Art. 5º - O Município concorrerá, nos limites de sua competência, para a consecução dos objetivos fundamentais da República e prioritários do Estado.*

*Parágrafo Único – São objetivos prioritários do Município, além daqueles previstos na Constituição do Estado, os seguintes:*

*1 – assegurar a permanência da cidade enquanto espaço viável e de vocação histórica, de forma que possibilite o efetivo exercício da cidadania;*

6.2-O Edifício Hotel Palace de Aracaju faz parte do Centro Histórico de Aracaju, conforme documento encaminhado pela Emurb de fls.553 e 554. Assim, o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano enfatiza uma política de revitalização e proteção do conjunto urbano, no sentido de conservar a gênese do padrão urbanístico peculiar à cidade, pois, em última análise trata-se de meio ambiente construído, devendo ser enaltecidos os seus aspectos paisagísticos, históricos e estéticos. O art.22 da Lei Complementar Municipal 042/2000, estabelece as seguintes diretrizes para o Centro Histórico de Aracaju: I- enfatizar a função política e simbólica do centro histórico, conservando e promovendo em sua área a permanência e o estabelecimento de atividades ligadas às funções executiva e legislativa do município II- resgatar e promover a manutenção do traçado urbanístico original na área, a desobstrução das fachadas dos imóveis, regulamentando por via administrativa, a colocação de placas e letreiros luminosos ;III- criar espaços que atuem como pólos de atividades ligadas à cultura, arte e educação, com finalidade de convívio e lazer para o efetivo, o exercício da cidadania.

6.3-Os réus, na qualidade de co-proprietários, causaram danos a coletividade, na medida em que não executaram as obras e serviços necessários à restauração do imóvel e à eliminação de risco iminente de incêndio. A omissão, inclusive, é tipificada como infração urbanística, nos moldes do 6º, da Lei municipal nº 2765/99, que reza: “Considera-se infração administrativa urbanística, autorizando o Município a lavrar auto de infração para aplicação de sanções administrativas, que podem variar desde a incidência de multa diária no valor de 50 UFIR até a interdição do imóvel, sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis: I- A não apresentação do Laudo de Vistoria Técnica de que trata esta lei, no prazo previsto no art. 5º, II- A não realização das obras e serviços para restauração dos imóveis, no prazo estabelecido no Laudo de Vistoria Técnica”.

6.4- O direito à segurança de todo cidadão aracajuano está expresso no art. 7º, da Lei Orgânica do Município de Aracaju, que reza: “É assegurado a todo habitante do Município, nos termos das Constituições Federal, Estadual e desta Lei Orgânica, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à assistência aos desamparados, ao transporte, à habitação e ao meio ambiente equilibrado”(grifei).

6.5-O Município, por sua vez, não vem exercendo seu poder de polícia de aplicar as sanções correlatas, pois na hipótese sub examine trata-se de edificação, com necessidade de reparos. Versando sobre o dever que é próprio do Município, relativamente a situações de controle e fiscalização da segurança das edificações, leciona José Nilo de Castro que: “Incumbe ao Município, no exercício do seu poder regulador de polícia administrativa, controlar as construções, pois possuem elas ligações profundas com a segurança, com a saúde, com o sossego e o conforto das pessoas, situações essas que dizem respeito ao interesse geral e bem-estar da população” (José Nilo de Castro in *Direito Municipal Positivo*, 4<sup>o</sup>ed., DelRey, 1999, p.310):

6.6- O consagrado e saudoso Hely Lopes Meirelles, ao discorrer sobre o poder de polícia das construções, sustenta que uma das medidas de que dispõe o Município para garantir a segurança, higiene e funcionalidade das construções é o embargo e a interdição:

“O embargo da obra, pela Prefeitura, deve ser precedido de notificação de fiscalização para a devida correção das irregularidades verificadas, e, se não forem corrigidas nas condições e prazos estabelecidos, justifica-se a interdição dos trabalhos por meios diretos do próprio Município, e até o emprego da força policial requisitada, se houver resistência do embargado. Legítimo é o embargo da obra ou a interdição de uso de construção concluída se em desacordo com o projeto aprovado ou se realizada clandestinamente sem projeto e alvará da Prefeitura, ou ainda quando, pela deterioração natural do tempo, a edificação se apresentar ruínosa ou insegura para sua normal destinação”.

6.7- No que diz respeito a segurança, a Lei Estadual nº 4183/99 disciplina os sistemas de segurança contra incêndio e pânico para edificações, prescrevendo que os processos de vistoria devem ser solicitados ao Corpo de Bombeiros Militar de Sergipe para a

obtenção do Atestado de Regularidade. De observar-se que o CBM já notificou a Emsetur e o Condomínio, emitindo laudos de exigência, consoante documentos de fls. 559 a 562.

6.8-Na hipótese, *sub examine*, busca-se a eliminação do risco de incêndio, e frear o agravamento das patologias que atingem a estrutura do Edifício Hotel Palace de Aracaju através da execução de obras e serviços emergenciais, de manutenção de recuperação da estrutura do prédio e obtenção de atestado de regularidade quanto ao sistema de combate ao fogo, com escopo de resguardar a segurança da população, em virtude do perigo iminente de incêndio, sendo o desabamento seu corolário natural.

6.9-Os pleitos liminar e principal objetivam a exclusão do risco à incolumidade física que se encontram inúmeras pessoas (transeuntes e consumidores) e aqueles que exercem atividades comerciais no prédio, em análise. Por conseguinte, o caderno procedimental civil e a lei que disciplina ação civil pública( Lei nº 7.347/85) contemplam a possibilidade de concessão da tutela específica da obrigação e a ordenação de providências para obtenção de resultados práticos.

## **7-DO PEDIDO LIMINAR**

7.1- Para a concessão de medida liminar, faz-se necessário demonstrar fundado receio de dano ao pleito principal - “periculum in mora”, bem assim sua provável veracidade, que constitui o “fumus boni iuris”.

7.2- A prova inequívoca ou “fumus boni iuris” exsurge do suporte probatório colhido, da legislação citada, que reclama a execução de serviços para exclusão de risco principalmente de incêndio, não pairando dúvidas sobre o malferimento de direitos subjetivos de um número indeterminado de pessoas, expostas a situações de perigo iminente.

7.3-O “periculum in mora” se manifesta no fato de existir ameaça de incêndio no Edifício Hotel Palace de Aracaju e de agravamento das patologias na estrutura de concreto do prédio, que se intensificam com o passar dos dias, comprovados pelos relatórios e pareceres técnicos, adunados aos autos da presente ação civil pública.

7.4-Assim, os elementos necessários à antecipação provisória da prestação jurisdicional estão amplamente demonstrados, razão pela qual é imperiosa a expedição de medida liminar, inaudita altera pars, com base no art. 12, da Lei nº 7.347/85, vindicada nos seguintes termos:

a) seja determinada a execução de obras e serviços emergenciais, elencados no item 3.1 e na planilha orçamentária (fls 502 a 511.), que devem ser concluídos, no prazo de 30(trinta) dias, contados da decisão liminar; execução contínua de serviços de manutenção peculiares a edifícios, arrolados no item 3.3( doc. de fls.558) e execução de obras e serviços de recuperação da estrutura de concreto do Edifício Hotel Palace, através da contratação de empresa especializada, a serem concluídos, no prazo de 365 dias, contados a partir da execução dos serviços emergenciais;

b) seja determinada aos réus a apresentação do Atestado de Regularidade, obtido pelo o cumprimento de todas as exigências pelo CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SERGIPE, devendo portanto ser removido todo e qualquer material comburente, com fundamento na Lei Estadual nº 4183/99, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da expedição da medida liminar.

7.5- Seja imposto o pagamento de multa diária, na ordem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento das determinações judiciais referidas nos item "7.4", importância essa a ser depositada no FUNERH - Fundo Estadual de Recursos Hídricos criado pela Lei Estadual nº 3.870/97 e regulamentado pelo art. 4º, parágrafo único, inciso X, do Decreto nº 19.079/00, sem prejuízo das providências necessárias à segurança da edificação, tecnicamente recomendadas para a situação e de outras medidas, que visem o resultado prático da demanda, com base no art. 461, § 5º, do CPC.

7.6- O pedido liminar, que ora se faz, tem o caráter preventivo inibitório. Desponta, este pleito preambular, envolto pelo véu da

segurança do próprio direito em si, com os olhos voltados para o futuro, almejando garantir a sua plena integridade. O entendimento esposado perfilha a lição do Jurista Luiz Guilherme Marioni (Tutela inibitória, individual e coletiva, Revista dos Tribunais, 1999, p.28):

“A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira.”

## **8- DO PEDIDO PRINCIPAL**

8.1- Requer o Ministério Público Estadual o seguinte:

8.2-seja determinada a realização de serviços emergenciais, de manutenção e de recuperação da estrutura de concreto do Edifício Hotel Palace de Aracaju, transformando em definitiva a OBRIGAÇÃO DE FAZER explicitada no pleito liminar, item 7.4, alínea “a”.

8.3- seja ordenado aos réus a apresentação do Atestado de Regularidade, a ser expedido pelo CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE SERGIPE, após o cumprimento das exigências consignadas na Lei Estadual nº 4183/99, com objetivo de demonstrar a eliminação de risco de incêndio, transformando em OBRIGAÇÃO DE FAZER definitiva, o pedido liminar formulado no item 7.4, alínea “b”.

8.4-em caráter alternativo, seja determinado aos réus que efetuem a revitalização imediata do prédio, na medida de suas responsabilidades civis, embasada em projeto seguro e rendoso para todos, ou efetuem a demolição seguida da concretização de um projeto futurista compatível com o valor histórico dispensado ao Edifício Hotel Palace de Aracaju, que compõe a paisagem urbana do Centro Histórico de Aracaju, com prévia ordem judicial de desocupação do prédio(Pedido Alternativo);

8.5- seja determinado ao Município de Aracaju que fiscalize a edificação, em análise, aplicando as sanções administrativas

correlatas, caso os proprietários não executem os serviços emergenciais, de manutenção e de recuperação da estrutura de concreto necessários a retirada de situação de risco de incêndio e de desabamento;

8.6-incidência de multa diária, no valor atual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devida somente se, ao término do prazo fixado na sentença, houver descumprimento da obrigação de fazer explicitada. Tal quantia está sujeita a correção monetária pelos índices oficiais, desde a distribuição da petição inicial até o efetivo adimplemento, a ser depositada no FUNERH - Fundo Estadual de Recursos Hídricos, criado pela Lei Estadual nº 3.870/97, e regulamentado pelo art. 4º, parágrafo único, inciso X, de Decreto nº 19.079/00, sem prejuízo das providências necessárias à segurança da edificação, tecnicamente recomendadas para o caso, evitando-se graves danos que poderão ocorrer em face do mau estado de conservação e de segurança do prédio, e sem embargo de outras medidas, que visem o resultado prático da ação, com arrimo legal no art. 461§5º, do CPC.

8.7-citação dos réus para que possam contestar a presente ação e acompanhá-la até decisão definitiva do processo;

8.8-condenação dos suplicados ao pagamento das despesas e custas processuais relativas a presente ação, dispensando o Ministério Público Estadual do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, em atendimento ao disposto nos arts. 18, da Lei nº 7.347/85 e 87, da Lei nº 8.078/90;

Protestam por todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente, documental, pericial, inspeção judicial, testemunhal e depoimento pessoal dos representantes legais dos réus, sob pena de revelia e confissão.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100,00 (cem reais), para efeitos meramente fiscais por se tratar de ação, que visa tutelar interesses difusos, indisponíveis e inestimáveis.

Termos em que,

Pede deferimento.

Aracaju, 19 de dezembro de 2003

*Ana Paula Machado Costa Meneses*

PROMOTORA DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE E URBANISMO

# **ESPAÇO CULTURAL**

# TOBIAS BARRETO E O PROCESSO CIVIL

*Fontes de Alencar (\*)*

Grotius proclamava em *Mare Liberum* a liberdade dos mares. Do contexto da guerra entre Holanda e Espanha adveio a presença batávia no Brasil do século XVII.<sup>1</sup>

O último quartel do Oitocentos receberia, no Recife, o impacto do concurso de Tobias Barreto para professor da Academia de Direito. De fato, o certâmen abalçou a antiga

“...Mauritssatd dos armadores das Índias Ocidentais”, de que fala Manuel Bandeira em *Evocação do Recife.*”

Dera-lhe a Banca Examinadora o tema para dissertação:

*“Conforma-se com os princípios da ciência social a doutrina dos direitos naturais e originários do homem?”*

Asseriu ele, então, com acentuada ironia:

“...o direito natural moderno com o seu *apriorismo*, com suas pretensões de filho único da razão humana, é uma criação da Holanda no século XVII.

Mas é digno de nota: o célebre Grotius, que abriu caminho a esse preconceito científico, além de outros escritos, consagrou o seu *Mare Liberium* à exposição da nova idéia.

Entretanto essa mesma obra, cheia de apelos à razão, tem por subtítulo as seguintes palavras, que dão a medida do grande conceito:

---

<sup>1</sup> João Ribeiro. *História do Brasil – curso superior*. Rio de Janeiro: 15ª ed., [Revista e completada por Joaquim Ribeiro] – Livraria São José, Editora, 1955.

*Sive de jure, quod Batavis competit ad indiana  
commercia...*

Bom direito natural!”.

A sua exposição Tobias empregaria, ao diante, como intróito da edição de 1886, a 2ª, de *Menores e Loucos em Direito Criminal*.<sup>2</sup> Nessa obra volveu o professor do Recife a atenção para o art. 10 do Código Criminal do Império, de 1830.

No aludido trabalho não há homenagem a uma concepção purística do direito. Ali escreveu:

“...não compreendo que valor poderia ter o estudo do direito, se os que a ele se consagram, fossem obrigados, como os *doutores da lei* da escola do rabino Schammai, a ser somente exegetas, a não sair do texto, a executar simplesmente um trabalho de *midrash*, como dizem os judeus, isto é, de escrupulosa interpretação literal. Assim viríamos a não ter, não uma *ciência do direito*, mas uma *ciência da lei*, que podia dar o pão, porém, ao certo não dava honra a ninguém.”<sup>3</sup>

E assoalhou:

Os tribunais, com os seus julgados, e o governo, com os seus *avisos*, têm mostrado mais de uma vez que as altas posições não livram sempre da tolice, da ignorância chata e irremediável; tal é a força dos dislates ocasionados pelo modo de compreender aquela disposição do Código [art. 3º]”.<sup>4</sup>

Em nota a um outro texto seu, de título *Ensaio sobre a Tentativa em Matéria Criminal*, observaria que

---

<sup>2</sup> Recife: Tipografia Central, 1886.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 3 e 4.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 8.

“o predomínio dos *Avisos* na decisão das nossas questões jurídicas exprime mais do que uma falta de ciência da parte do juízes e tribunais — exprime a índole binzatinamente imperialista do governo brasileiro.”<sup>5</sup>

Estudos comparado entre o direito nacional brasileiro, o francês e o alemão fez Tobias Barreto em *Menores e Loucos*, também aguda crítica à doutrina de Cesare Lombroso apresentada em *L'uomo delinquente*, e mais discutiu a problemática do *dolo* e da *culpa* à luz do § 4º do mencionado art. 10 daquele diploma.

Em *Tobias Barreto na Cultura Brasileira* Miguel Reale, mestre insigne, pondera que *Menores e Loucos em Direitos Criminal* bastaria para assegurar a seu autor

“a posição de um dos mais ilustres criminalistas da época imperial, distinguindo-se pela autonomia das idéias em um momento que andava em voga a escola positiva de Cesare Lombroso...”<sup>6</sup>

Apendiculado à segunda edição da aludida obra está *Fundamento do Direito de Punir*, dada a lume, em 1881, na cidade de Escada, onde se demorara Tobias antes do seu ingresso no corpo docente da vetusta faculdade.

*Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal, Delitos por Omissão, Ensaio sobre a Tentativa em Matéria Criminal e Mandato Criminal* são trabalhos de grandeza tamanha, que conduziram o sempre reverenciado Aníbal Bruno a tecer a seu respeito o seguinte juízo:

“Sobre a culpa, sobre tentativa, sobre mandato, sobre delito por omissão, as suas idéias,

---

<sup>5</sup> *Estudos de Direitos II* (organização e notas de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Introdução de Everaldo Luna). Rio: Record; Aracaju, SE – 2ª ed. 1991, p. 230.

<sup>6</sup> Introdução a *Estudos de Direito I* (organização e notas de Paulo Mercadante e Antônio Paim com a colaboração de Luiz Antônio Barreto). 2ª ed. Rio: Record; Aracaju, SE; SCMA, 1991; p. 41.

apoiadas nas fontes alemãs, estavam muito além das que se conheciam no seu tempo, não só no Brasil, mas na França e mesmo na Itália. Foi sobretudo um professor. Reunia os atributos do mestre, não no sentido do simples transmissor de cultura, mas de renovador, de estimulador de energias espirituais”.<sup>7</sup>

O louvor à obra de Tobias criminalista é certo e verdadeiro. Contudo, a Criminalística não foi sua única seara. Por outras províncias do Direito andou, sempre valentemente terçando por seu ideário. Atendo-me, aqui, ao Direito Processual. Quando do seu famoso concurso ofereceu enunciados de teses de Processo Criminal e de Processo Civil. No âmbito do primeiro, também registos o excelente estudo *A Co-delinquência e seus Efeitos na Praxe Processual*.

Doravante, atido à Processualísticas não-penal, reproduzo as suas proposições téticas relativas ao Processo Civil:

“I – A mulher que assinou a escritura do contrato celebrado pelo marido não pode, sobrevivendo a este, usar da ação decendial.

II – As exceções peremptórias não são meios de contestação.

III – O Juiz pode conhecer de questões não deduzidas no libelo, uma vez que tenham sido discutidas e provadas no decurso do processo.”

À feição de justificativa das expressões proposicionais tobias-barretianas, são juntáveis alguns destaques do direito legislado do tempo em que formuladas, e conseqüentes comentários de Ribas, Teixeira de Freitas e Paula Baptista, doutores de ontem que, como autor das proposituras, ainda iluminam o hoje.

---

<sup>7</sup> Tobias Barreto Criminalista. In *Estudos de Direito II*, p. 279.

A primeira asserção dizia com a *ação de assinação de 10 dias* prevista no art. 719 da *Consolidação das Leis do Processo Civil*, do Conselheiro Dr. Antônio Joaquim Ribas, que no comentário CDXCIX registrou:

“Esta espécie de ação era desconhecida no foro antes do Rei D. Manuel, que a formulou em sua Ord. L. 3, tít. 16. O Rei D. Sebastião a confirmou na extravagante de nov. de 1577, denominada da *Nova Ordem do Julzo*, e afinal foi traslada na Ord. Filip. Vigente, L. 3, título 25...”<sup>8</sup>

Em *Primeira Linhas sobre o Processo Civil*, de Pereira de Souza, acomodadas ao foro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, há a observação de ser essa forma de proceder particular do foro português, porquanto no direito romano,

“ainda que a dívida se fundasse em Escrituras Públicas, devia proceder-se por ela ordinariamente”.<sup>9</sup>

A propósito da matéria, eis o que se continha no art. 723 da *Consolidação* de Ribas:

Esta ação só pode ter lugar entre as próprias pessoas que fizeram as escrituras que se acionam...”

No entanto, não competia tal ação

“a mulher que fica em posse, e cabeça de casal, por óbito de seu marido”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Op. cit., vol. II. P. 126. Rio de Janeiro: Dias da Silva Júnior (Tipógrafo-Editor)., 1879.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 405. Rio de Janeiro/Paris: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1906.

<sup>10</sup> Era o que resultava da Ord. Liv. 3º, Tit. 25, § 10, segundo Teixeira de Freitas, in *Primeiras Linhas*, de Pereira de Souza – nota 908.

A Segunda enunciação convida a uma revista ao *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*, de Francisco de Paula Baptista.<sup>11</sup> O mestre da antiga Academia de Direito do Recife trata designadamente da *proposição das exceções antes da contestação* e quanto ao respectivo processo diz:

“A marcha das *peremptórias* esta traçada pela Ord. L. 3, t. 20, § 15 e consiste em sumar-se imediatamente ao *Excepiante* dez dias para a prova, findas as quais, e conclusos os autos, ou o juiz não acha prova concludente e legal, e despreza a *excepção*, condenando o Excepiante nas custas, e deixando-lhe salvo o direito de servi-se da mesma matéria na *contrariedade*; ou acha prova bastante e legal, e recebe a *excepção*, que então é contrariada, [...] e, afinal, ou é desprezada, e se prossegue na causa principal, continuando-se vista ao Réu para contrariar o *libelo*, ou é recebida, e se julga o Autor carecedor da ação intentada...”<sup>12</sup>

O regulamento 737, de 1850, dispunha no art. 75: as exceções, dilatórias ou peremptórias, “constituem matéria de defesa, e serão alegadas na contestação.”

Todavia, a consolidação de Ribas traçou procedimento específico para a exceção peremptória nos arts. 598 a 601.

Assaz elucidativo o que sobre o ponto escreveu Teixeira de Freitas:

Se, a respeito de suas Exceções o Réu faz as vezes do Autor (...); segue-se, como costumava dizer – QUE JÁ O RÉU É AUTOR, - que na Causa trocam-se os papéis das Partes, - que por tal mudança o Autor vem a ser *excluído* de sua qualidade, - e que assim o caracter genérico

---

<sup>11</sup> Recife: Tipografia Universal, 1855.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 82.

das Exceções vem a ser o seu – *efeito exclusório* -: Nada portanto mais errôneo, que ver nas *Exceções* matéria de defesa, como se tem visto no Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 75, e no Decr. nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, art. 63, § 8º, a não entender-se que o Réu se defende atacando”.<sup>13</sup>

A terceira tese tratava da possibilidade de o juiz conhecer de questões não deduzidas no libelo.

Moraes Silva, em seu Dicionário da Língua Portuguesa,<sup>14</sup> cuja primeira edição remota a 1789, contempla o verbete *libelo* com o significado seguinte:

“Exposição breve, e distinta em artigos, por escrito, de certa coisa, que o autor demanda ao réu, a qual se representa ao Juiz da Causa, ficando o autor obrigado a provar cada artigo do Libelo, ou a reformá-lo”.

João Monteiro formularia do libelo a seqüente definição, dizendo-a resumo de várias outras dos doutores:

“- *dedução escrita, articulada ou não, da ação do autor, em que conclui pedindo a condenação do réu.*”<sup>15</sup>

No regulamento 737 ficara estabelecido que o Juiz daria a sentença definitiva, segundo for provado dos autos (art. 231).

A Consolidação acresceria:

---

<sup>13</sup> In *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, de Pereira e Souza, p. 99, acomodadas ao Foro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro/Paris: H Garnier, Livreiro-Editor. 1906.

<sup>14</sup> In *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, de Pereira e Souza, p. 99, acomodadas ao Foro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro/Paris: H Garnier, Livreiro-Editor. 1906.

<sup>15</sup> *Programa do Curso de Processo Civil*, II Volume, p 47. São Paulo: Duprat & Comp., 2ª ed. , 1905.

“... sem nunca julgar mais do que o pedido pelo autor, quanto ao principal.”

De Ribas, em seu comentário CCCXXXIII, esta acreção:

**“O juiz, porém, pode condenar o réu nas causas que virtual e tacitamente se compreendem no pedido do autor, segundo a natureza da ação, embora nele não fossem expressas...”** <sup>16</sup>

À época do concurso para lente do ateneu jurídico do Recife, Tobias já havia comentado, em artigo de 1878, <sup>17</sup>o livro de Rudolf von Ihering, *A Jurisprudência da Vida Diária*, que lhe teria dado, como anotou Jackson da Silva Lima em estudo nominado *Tobias Barreto e Sua Atuação no Foro*,

“Uma nova mundivisão jurídica, fazendo-o vestir a clâmide de jurista...” <sup>18</sup>

E adiu ele que Tobias

“... se abeberou em von Ihering para renovar a compreensão do direito, de início no campo prático da advocacia, e depois no plano teórico-doutrinário...” <sup>19</sup>

Tenho que também antecedeu ao celebrado concurso de 1882 o escrito *As Faculdades Jurídicas como Fatores do Direito Nacional*, em que Tobias Barreto, dizendo-se inspirado em trabalho de 1875, de Rudolf Heinze, Professor da Universidade de Heidelberg, aplaudia-lhe a idéia da necessidade de aproximação entre a teoria e a praxe, porque sem essa proximidade, - nas palavras do mestre tedesco, - “a teoria corre perigo de secar ou brotar exótico rebentos” <sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Op. cit., Vol. I, p. 355. Rio de Janeiro: Dias da Silva (Tipógrafo-Editor), 1879.

<sup>17</sup> Tobias Barreto. *Questões Vigentes*. Rio de Janeiro: edição do estado de Sergipe, Empresa Gráfica Editora de Paulo, Pongetti & Cia., 1926.

<sup>18</sup> *In Estudos de Direito III*, p. 44. (Organização, Introdução e notas de Jackson da Silva Lima e Luiz Antônio Barreto) – Rio de Janeiro: Record: Aracaju, SE: SCMA, 1991).

<sup>19</sup> Op. cit., p. 45.

<sup>20</sup> *In Estudos de Direito 2*. Aracaju: SEC-SE/Indústria Gráfica J. Andrade Ltda., 1978.

Talvez a fama de filósofo e criminalista de Tobias Barreto tenha como que colocado à margem de sua produção científica a peça *História do Processo Civil*, que compreende: I – *Origem do processo civil. Suas relações com o respectivo direito*; II – *O processo civil entre romanos*; e III – *O processo civil na idade média. A parte dos germanos na renovação do direito processual*. O texto, infere-se de anotação que o acompanha, foi escrito para atender ao programa de Teoria Prática do Processo, cadeira do curso jurídico.

Do historiógrafo, a assertiva de que além dos limites da história estaria a *paleontologia jurídica* e nela uma *paleontologia processual*, de marcada indispensabilidade para o jurista crítico e filósofo. E se antecipando aos que a propósito de tal asserção poderiam fazer criticaria:

“Os doutores não façam *cara feia* diante da minha *paleontologia*. Se foi lícito, por exemplo, a Adolphe Pictet ocupar-se da *paleontologia lingüística*, segundo a sua própria expressão, por que razão não se pode também falar de uma *paleontologia jurídica e processual*?”<sup>21</sup>

No mencionado trabalho amostra-se um Tobias bem diferente daquele que outrora zombeteava da

“*Suma praxística* dos Moraes Carvalho, Pereira e Souza, Souza Pinto e tantos outros infelizes, que assinalaram a sua passagem neste mundo por meio de *Praxes forenses, Primeiras Linhas sobre o processo civil*, e demais testemunhos de pobreza....”<sup>22</sup>

Agora, doutrinava:

“Todo processo é um conjunto de regras que não é dado a ninguém desprezar, modificar...”<sup>23</sup>

(\*) Ministro do Superior Tribunal de Justiça aposentado.

---

<sup>21</sup> In Estudos de Direito I, p.279.

<sup>22</sup> V. Jackson da Silva Lima, op. cit., p. 39

<sup>23</sup> Op. cit., p. 280

# **PONTO DE VISTA**

## PR - PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Ernesto Anízio Azevedo Melo(\*)

Outrora, PR lembrava o Partido Republicano, contudo, tal sigla nos tempos hodiernos quer dizer **Paternidade Responsável**.

À primeira vista a sigla PR pode nos remeter de volta ao passado, e avivando a memória queira parecer que seja o Partido Republicano “*que vinha desde os tempos do Segundo Império no Brasil, mas ré-fundado em 1945*”, segundo Leib Soibelman, Enciclopédia do Advogado, Editora Rio.

Também, não se pode olvidar, que no nosso Estado a mencionada agremiação política era conhecida popularmente como “*partido de garupa*”, tendo em vista que sempre acompanhava, estando a reboque em todas as eleições para ser companheiro de chapa do PSD – Partido Social Democrático. No período compreendido da redemocratização de 1945 até 1964, os dois Partidos sempre juntos enfrentavam a UDN – União Democrática Nacional. Todavia, com o advento do golpe militar de 31/03/64, tais Partidos políticos e os demais existentes na época foram extintos, iniciando-se no País a dura fase do bi-partidarismo, tendo apenas a ARENA – Aliança Renovadora Nacional, e o MDB – Movimento Democrático Brasileiro.

A sabedoria popular é prodigiosa ao asseverar que: “*nossa vida só faz sentido quando melhoramos a de outra pessoa*”. Imbuído em tal salutar axioma é que em boa hora o Ministério Público de Sergipe lançou recentemente o **PROJETO PATERNIDADE RESPONSÁVEL**, contando com a inestimável participação do Poder Judiciário, através da Vara de Infância e Juventude, Defensoria Pública, Conselhos Tutelares, Secretarias de Educação e Ação Social do Estado e do Município, Instituto Parreiras Horta, etc...

Convém frisar, que a Imprensa Sergipana, escrita, falada e televisionada, deu total cobertura ao lançamento do auspicioso Projeto. Ressalte-se, que o **PR – PATERNIDADE RESPONSÁVEL** foi concebido depois da constatação através de um censo escolar realizado em cinco unidades no Conjunto Augusto Franco, da

existência de mais de 182 alunos menores que não foram reconhecidos pelos pais.

Outrossim, igual atuação iniciou-se este mês nas escolas localizadas no Bairro Industrial, onde somente no Colégio Castelo Branco já foram registrados 91 casos de crianças e adolescentes em idêntica situação. Bem como o objetivo primordial desta árdua e edificante tarefa é, na verdade, minimizar o número de crianças que não possuem o nome do pai em seus respectivos registros.

Em linhas gerais, o **PR - PATERNIDADE RESPONSÁVEL** tem por escopo identificar os alunos menores de 18 anos que não foram reconhecidos pelos pais, através das certidões de nascimento arquivadas nas escolas. Uma das etapas consiste no levantamento feito nos estabelecimentos de ensino para reconhecer o estudante que não tem ainda o nome do pai no Registro de Nascimento. Em seguida, os dados serão enviados ao MP, juntamente com uma cópia da respectiva Certidão do aluno. Diante destas informações, as mães serão convidadas a participar de audiência, onde, inicialmente, serão conscientizadas da importância da figura paterna na vida do filho.

De suma importância é a tarefa que cabe aos diligentes Defensores Públicos e Promotores de Justiça, que de posse dos dados coletados concernentes aos nomes do aluno, da mãe e do pretense pai, serão adotados os procedimentos legais que consistem primeiramente em convidar os responsáveis para uma audiência com o propósito de reconhecer os filhos espontaneamente. Logrando-se êxito, serão observadas as disposições específicas estatuídas na conhecida Lei nº 8.560 de 29/12/92, assim como no Provimento nº 08/97 emanado da Corregedoria Geral da Justiça de Sergipe que disciplinam a matéria enfocada.

Em caso negativo, não sendo procedido o reconhecimento voluntário, e havendo elementos suficientes de prova da discutida paternidade, terá ingresso em Juízo da competente Ação de Investigação de Paternidade cumulada com Alimentos, inclusive valendo-se da prova pericial através do meio mais moderno que a Ciência coloca à disposição da Justiça que é, na verdade, o imprescindível exame do DNA.

Aliás, com o seu advento, a prova pericial tomou outro rumo de importância tendo em vista que o DNA tem condições de afirmar categoricamente a paternidade, e não só excluí-la como faz o simples

exame hematológico. A propósito, *“há uma real necessidade de testes genéticos que possam determinar a paternidade com confiabilidade absoluta. Os testes de paternidade pelo exame direto do DNA, introduzidos no Brasil em 1988, pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais, vem preencher essa necessidade, pois permitem tanto a exclusão quanto a inclusão da paternidade com confiabilidade superior a 99, 9999%.”* In Direitos de Família e do Menor, organizado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, p.65 apud J. M. Leoni Lopes de Oliveira, A Nova Lei de Investigação de Paternidade, p. 178, 2ª edição, Editora Lúmen Juris.

Ademais, tomamos conhecimento de um convênio que está sendo firmado entre o Tribunal de Justiça, a Corregedoria de Justiça do MP e a Secretaria de Estado da Saúde, para a realização de exame de DNA no caso dos pais não terem condições de arcar com os custos.

A propósito, é de bom alvitre que seja esclarecido que ao ser reconhecida a paternidade, tanto de forma espontânea como igualmente em Juízo, *pari passu* será fixada também a obrigação alimentar dentro de um parâmetro aceitável, observando-se, obviamente, o binômio necessidade e possibilidade. Registre-se que deve ser mantido o segredo de justiça em ambos os procedimentos.

O político mineiro de saudosa memória, Tancredo Neves já alertava que: *“a criança é a nossa mais rica matéria-prima. Abandoná-la à sua própria sorte ou desassisti-la em suas necessidades de proteção e amparo é crime de lesa-pátria”*.

Com muita propriedade, o Cônego Claudionor Brito Fontes em uma de suas homilias constante do seu livro A Pregação de um Pároco, p. 107, Editora Gráfica J. Andrade Ltda, 1999, é bastante elucidativo ao afirmar que: *“o verdadeiro sentido de paternidade responsável não se pode medir somente pelo número de filhos, senão também e, sobretudo, pela assunção dos compromissos que a paternidade acarreta. Nesta linha de pensamento, um pai pode vivenciar uma paternidade responsável com cinco, seis ou dez filhos, enquanto outros, com apenas um filho, não?”*.

Necessariamente, não é preciso ser um operador do Direito para se aquilatar a envergadura e o grande alcance social deste belíssimo trabalho, que, diga-se de passagem, já é vitorioso desde o seu nascedouro. Porém, nós que militamos no Direito de Família,

sentimos mais de perto toda a problemática do menor que não tem a sua filiação completa. Muito das vezes em virtude da falta de responsabilidade do próprio Genitor. Daí que, antes de tudo reconhecer a Paternidade é um ato de nobreza, é um ato de amor. Por conseguinte, é por excelência de responsabilidade, de justiça, de cidadania.

Portanto, o **PR – PATERNIDADE RESPONSÁVEL**, é mais um tento que marca a Administração Geral do Parquet, que tem na pessoa do Dr. Luiz Valter Ribeiro Rosário o seu grande Comandante. Esse trabalho não pode parar. Merece realmente prosseguir. A iniciativa desse Projeto foi um verdadeiro gol de placa.

(\*) Ernesto Anízio Azevedo Melo é Promotor de Justiça da 5ª Vara Cível de Família da Comarca de Aracaju/SE e membro da Diretoria do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família seccional Sergipe.

2004

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**

**Nº 20**